Die Beseitigung der Mängel einer an die prozeßunfähige Partei selbst gerichteten Klagzustellung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Königlichen Universität Marburg

vorgelegt von

Wilhelm Heinrich Otto Krauß

Kammergerichtsreferendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1913.

Referent: Geheimer Justizrat Prof. Dr. Traeger.

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

I. Systematische Darstellungen.

Fitting, Der Reichszivilprozeß. 12.—14. Aufl. 1907.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1 1903, Bd. 2 1907, Bd. 3 Abt. 1 1909.

Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis. 1887.

Planck, J. W., Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1 1887, Bd. 2 1896.

Schmidt, R., Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. 1906.

Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 1885.

Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 1903.

II. Kommentare.

Gaupp-Stein, 8./9. Aufl. 1906. Dazu

Stein, Novelle zur Zivilprozeßordnung. 3. Ausg. 1910.

Stein, 10. Aufl. Bd. 1 1911.

Petersen-Remelé-Anger, 5. Aufl. 1904.

Samter, Die Änderungen der Zivilprozeßordnung nach der Novelle v. 1. 6. 1909.

v. Seuffert, L., 11. Aufl. 1910.

Skonietzki-Gelpcke, 1911.

Struckmann-Koch, 11. Aufl. 1910.

v. Wilmowski-Levy, 7. Aufl. 1895.

III. Monographien.

Birkmeyer, Offizialverfahren im Zivilprozeß. In Buschs Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 7 S. 155 ff.

Bülow, O., Dispositives Prozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsnormen. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 63 S. 1 ff.

Bunsen, Die Parteien im Zivilprozeß. In Buschs Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 26 S. 260 ff.

Eccius, Die Stellung des Richters bei der Terminsbestimmung. In Gruchots Beiträgen Bd. 29 S. 1 ff.

Fitting, Folgen von Mängeln des Verfahrens. In Buschs Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 11 S. 1 ff.

Goldenring, Zur Auslegung des § 267 ZPO. In Buschs Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 9 S. 480 ff.

Guttmann, Urteilszustellung und Vollstreckungsbeginn. In Buschs Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 29 S. 394 ff.

Heilbut, Müssen und Sollen in der Reichszivilprozeßordnung. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 69 S. 331 ff.

Hellmann, Mangel der Prozeßfähigkeit und der Vertretungsmacht. In Buschs Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 27 S. 261 ff.

Hellwig, Die Prozeßvoraussetzungen. Heilung und Nachholung. Im Recht 1905 S. 300 ff.

Hergenhahn, Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand usw. In Gruchots Beiträgen Bd. 39 S. 332 ff.

Just, Zivilprozeßrechtliche Erörterungen. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 68 S. 316 ff.

Klein, Heilung mangelhafter Ersatzzustellung. In Buschs Zeitschrift Bd. 15 S. 493 ff.

Langheineken, Der Urteilsanspruch. 1899.

Löning, E. C. H., Die Voraussetzungen des Versäumnisverfahrens. 1909.

Mitteis, Zur Lehre von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte. In Iherings Jahrbüchern Bd. 28 S. 85 ff.

Nessel, Zivilprozeßrechtliche Erörterungen. In Gruchots Beiträgen Bd. 30 S. 44 ff. und 177 ff.

Nußbaum, Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse. 1908.

Obermeyer, Zu §§ 243 u. 298 ZPO. In Seufferts Blättern Bd. 46 S. 369 ff.

Pfizer, Über die Einrede der mangelnden Prozeßfähigkeit. In Buschs Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 13 S. 156 ff.

Pfizer, Die Folge der nicht ordnungsmäßigen Ladung. In Buschs Zeitschrift Bd. 31 S. 10 ff.

Petersen, Die Wirkungen wesentlicher Mängel der Zustellung. In Buschs Zeitschrift Bd. 1 S. 70 ff.

Schneider, K., Treu und Glauben im Zivilprozeß. 1903.

Schultze, A. S., Zur neuen deutschen Zivilprozeßordnung. 1901.

Schwalbach, Die Prozeßvoraussetzungen. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 63 S. 390 ff.

Schwalbach, Über Rechtshängigkeit und formelle Rechtskraft. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 64 S. 356 ff.

Stein, Das private Wissen des Richters. 1893.

Tröltsch, Der Prozeßvergleich. Erlanger Diss. 1893.

Walsmann, Der Irrtum im Prozeß. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 102 S. 1 ff.

Weizsäcker, Unrichtige Parteibezeichnung in der Klagschrift. In Buschs Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 27 S. 20 ff.

Einleitung.

§ 1.

Die Mangelhaftigkeit einer an die prozeßunfähige Partei gerichteten Klagzustellung und ihr Verhältnis zu anderen Klagerhebungsmängeln.

Der Zweck des Prozesses ist, dem materiellen Rechte zu schneller und sicherer Durchsetzung zu verhelfen. Löst das Prozeßrecht nun zwar seine Aufgabe, indem es ein Verfahren nach bestimmten Regeln und Normen vorschreibt, so sind diese doch nicht Selbstzweck. Es ist vielmehr immer zu bedauern, wenn das materielle Recht dem formellen Verfahren zum Opfer fällt.[1] Unter diesem Auslegungsgrundsatz sollte auch die Auslegung des Gesetzes bei Klagerhebungsmängeln stehen. Auch die Nachsuchung des Rechtsschutzes hat im Rahmen eines genau geregelten Verfahrens zu geschehen. Die Klagerhebung erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes mit bestimmtem Inhalt (§§ 253, 498 ZPO.). Es bedarf also im besonderen auch der Einhaltung der Vorschrift des § 171 Abs. 1 ZPO., wonach Zustellungen für eine prozeßunfähige Partei an deren gesetzlichen Vertreter erfolgen. Die Zustellung ist daher fehlerhaft, wenn sie an die prozeßunfähige Partei selbst gerichtet ist. Die Verletzung der genannten Vorschrift ist nicht die Verletzung einer bloßen Ordnungsvorschrift.

Begleiten diesen Zustellungsmangel nicht notwendig andere? In der Tat wird regelmäßig die Zustellung an die prozeßunfähige Partei selbst mit fehlender Nennung des gesetzlichen Vertreters in der Klagschrift einhergehen. Doch ergibt das keinen erheb-

[1] Ein Satz, den das RG. Bd. 70 S. 299 in einer zivilprozessualen Entscheidung mit Nachdruck ausspricht.

lichen Mangel. Im § 253 Abs. 2 Nr. 3 heißt es, daß die Klagschrift die Ladung des Beklagten als solchen enthalten muß; auch wenn die Partei also einen gesetzlichen Vertreter hat, muß er also dort nicht bezeichnet werden. Die Unterlassung der Benennung hat vielmehr, wie in den vorbereitenden Schriftsätzen, keine Nachteile in der Sache selbst zur Folge (§§ 253 Abs. 4, 130, 131 ZPO.). Im Ergebnis ist die Klage also inhaltlich genügend.

Der vorhandene Fehler ist jedoch nicht isoliert als Fehler nur der Zustellung zu betrachten. Die Zustellung ist eine unselbständige Prozeßhandlung,[1]) bestimmt, anderen Prozeßhandlungen zu dienen und ihnen zu prozessual beachtlichem Dasein zu verhelfen. Sollte die Zustellung der Klagerhebung dienen und handelt es sich um einen Zustellungsmangel in Veranlassung der Zustellung einer Klagschrift, so ist der Fehler der Zustellung zugleich ein solcher der Klagerhebung und seine Bedeutung und Beseitigung muß mit Rücksicht auf diese gewürdigt werden. Er ergreift den ganzen Klagerhebungsakt, nicht als ob nur die mit ihr unmittelbar oder mittelbar verbundene Ladung (§§ 253, 214 und 497, 498 ZPO.) mangelhaft wäre; denn der Klagschriftinhalt überhaupt ist zustellungsbedürftig.[2]) Die Klage hat aber selbst eine ganz besondere Bedeutung: sie ist die alleinige Grundlage des Verfahrens.

Wird der Mangel nicht beseitigt, so muß ohne Urteil zur Sache auf Prozeßabweichung erkannt werden; denn materielle Entscheidung darf nur ergehen, wenn der Klagakt und das Verfahren in Ordnung sind.

§ 2.

Das Vorliegen eines Prozesses als gemeinsame Voraussetzung aller Arten der Beseitigung des Mangels. Stand der Literatur hierzu.

Es entsteht jedoch die Frage, ob nicht die Prozeßabweisung mit Rücksicht auf die Beseitigung des Mangels vermieden werden

---

[1]) Stein Erl. IV vor § 166.

[2]) Nicht genau daher Pfizer in BuschZ. Bd. 13 S. 156 ff., insbes. S. 169, der von Zustellungs-, Ladungs- und Klagerhebungsmängeln wie gleichbedeutenden spricht.

kann, mag sie nun, vom Standpunkte des Richters in der mündlichen Verhandlung gesehen, bereits erfolgt sein, wobei zwei Fälle zu unterscheiden sind: Beseitigung mit Rückwirkung und ohne solche, oder mag sie erst noch zu erwarten sein.

Alle drei Gesichtspunkte kommen für das geltende Recht in Betracht: es ist zu erörtern, ob „Heilung" oder „Ergänzung" des Klagzustellungsmangels, ferner ob „Vertagung" der mündlichen Verhandlung und spätere Beseitigung des Mangels erfolgen kann. Die Tatbestände dieser drei Beseitigungsmöglichkeiten sind verschiedene und deshalb besonders zu erörtern. Eine Voraussetzung ist ihnen jedoch gemeinsam: das Vorliegen eines Prozesses. Vertagung ist begrifflich nur möglich innerhalb eines schon laufenden Prozesses.[1]) Um aber ferner von Heilung sprechen zu können, ist, bildlich gesprochen, ein Körper, juristisch gesprochen, ein objektiver Tatbestand erforderlich, auf den sie sich bezieht: und das ist wieder das Vorliegen eines Prozesses. Nicht anders aber steht es mit der Ergänzung. Auch diese muß zu einem schon bisher in irgendeiner Weise Vorhandenen hinzutreten: dem unvollkommen entwickelten Prozeß. Wer das Vorliegen eines solchen bestreitet, muß folgerichtig zur Verneinung der genannten Beseitigungsmöglichkeiten gelangen. So und aus diesem Grunde ist es denn auch geschehen mit Beziehung auf die Vertagung und Ergänzung (Nachholung), gegen die das Argument, es liege keine Klage und kein Prozeß vor, besonders angewendet wird. Wenn es mit Beziehung auf die Heilung nicht so ist, so geschieht dies unter dem Drucke sehr deutlicher gesetzlicher Vorschriften (§§ 551 Nr. 5, 579 Nr. 4). Doch auch hier ist die wissenschaftliche Stellungnahme zur ihr bedingt durch die Stellungnahme zu der Frage: liegt ein Prozeß vor? Wer sie bejaht, kann von Heilung sprechen, wer sie verneint, hat keinen bloß rechtsausgestaltenden, sondern einen rechtsschöpferischen Akt anzunehmen. Wegen der überragenden Bedeutung dieser Frage für jeden einzelnen Teil der Untersuchung ist eine genaue Darlegung erforderlich.

Der notwendige Ausgangspunkt[2]) zur Entscheidung der angeregten Frage muß der Prozeßgründungsakt sein. Das ist kaum

---

[1]) vgl. RG. Bd. 13 S. 339.

[2]) Bes. RG. Bd. 34 S. 395.

bestritten, daß, wenn er ordnungsmäßig erfolgt ist, das Verfahren als ein definitiv gültiges dasteht.[1]) Auf ihm ruht das Ganze des Prozesses. Er gibt die notwendige Grundlage. Von maßgebender Bedeutung ist hier § 263 ZPO., der bestimmt, daß mit Erhebung der Klage die Rechtshängigkeit eintritt. Das bedeutet dasselbe wie das Vorliegen eines Prozesses.[2]) Nicht anders aber ist es, wenn das Gesetz zuweilen von „Rechtsstreit" spricht, z. B. in §§ 300, 301 ZPO. Dieser gehört mit den beiden erstgenannten, Prozeß und Rechtshängigkeit, notwendig zusammen.[3]) Seine ordentliche Erledigung aber findet er durch Urteil (arg. § 300 ZPO.). Dieses ist symptomatisch für sein Bestehen, für das Bestehen der Rechtshängigkeit und weiter zurück auch für das Vorhandensein einer Klagerhebung im Sinne des Gesetzes.[4]) Die Kette: Klageakt (Einleitung), Prozeßverhältnis, Rechtshängigkeit, Rechtsstreit (Bestehen), Urteil (Beendigung) ist eine geschlossene,[5]) und es sollte sich eigentlich von selbst verstehen, daß sich für den, der das Vorliegen eines dieser Glieder bejaht oder verneint, der Standpunkt für die anderen von selbst ergeben müßte. Wir finden jedoch drei Gruppen von Ansichten, die sich vielleicht so scheiden lassen:

Gruppe 1 verneint für unseren Fall die Klagerhebung, leugnet die Rechtshängigkeit, verlangt Abweisung der Klage durch Beschluß. Vertreter: Hellmann, Just, Nußbaum, Pfizer.

Gruppe 2 bejaht das Vorliegen einer Klage und Rechtshängigkeit, kommt auch bezüglich des letzten Punktes zu einem entsprechenden Ergebnisse. Vertreter: Hellwig, Weizsäcker.

---

[1]) So die durchaus herrschende Ansicht, z. B. Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 144; Weismann Bd. 1 S. 367; Nußbaum S. 135; and. M. nur Schmidt S. 636.

[2]) vgl. Hellwig, Lehrb. Bd. 3, 1 S. 222, Bd. 2 S. 8; ferner Wilmowski-Levy Erl. I zu § 230 a. F.; auch Stein verwendet beide Worte, Rechtshängigkeit und Prozeß, als gleichbedeutend nebeneinander; s. z. B. Erl. III zu § 263; and. M. Petersen Bem. 14 zu § 295 (Rechtsstreit, aber keine Rechtshängigkeit).

[3]) vgl. Hellwig a. a. O.; Nußbaum S. 79 und daselbst Anm. 7; and. M. Schwalbach in ArchZivPrax. Bd. 64 S. 256.

[4]) Diesen Schluß s. auch bei Geib S. 188 Anm. 1; vgl. Stein a. a. O.: Das Urteil eine prozessuale Wirkung der Rechtshängigkeit.

[5]) Der genannte Zusammenhang ist auch bei Hellmann, Lehrb. S. 420 unten, angedeutet.

Gruppe 3 verneint einheitlich das Vorliegen einer Klage, behauptet zum Teil Rechtshängigkeit, zum Teil bloß tatsächlichen Prozeß, Scheinrechtshängigkeit, verlangt indessen wieder einheitlich Urteil. Vertreter: Reichsgericht, Kommentare, Kohler, Schwalbach.

§ 3.

Nachprüfung dieser Voraussetzung an den drei Prozeßstadien.

I. Die Einleitung des Prozesses.

Bei der Entscheidung des Streites ist von dem Akte der Klagerhebung auszugehen. Er ist ungültig. Welcher Art ist die Ungültigkeit?

1. Daß die Verletzung des § 171 Abs. 1 ZPO., wonach Zustellungen für die nicht prozeßfähigen Personen an deren gesetzlichen Vertreter erfolgen, nur eine Ordnungsvorschrift betrifft, läßt sich nicht annehmen. Die Prozeßordnung enthält zwar keine ausdrückliche Vorschrift über die Bedeutung von Zustellungsmängeln,[1]) und ebenso bietet der Wortlaut der Vorschriften überall da keine Handhabe, Art und Bedeutung des Verstoßes zu bestimmen, wo nicht ein „Müssen" oder ein „Sollen" in Betracht kommt, und selbst in den letzteren Fällen ist das Gesetz nicht immer genau. Schwierigkeiten entstehen der Auslegung namentlich da, wo ein neutraler Ausdruck, z. B. der bloße Indikativ, gebraucht wird, wie in § 171 ZPO.: „erfolgt die Zustellung an ..."[2]) Allgemeine Vorschriften über Prozeßhandlungen fehlen, doch ist speziell für die Zustellung den §§ 180 Abs. 2, 188 Abs. 4 ZPO. ein argumentum e contrario zu entnehmen,[3]) und auch § 187 ZPO. bietet genug Anhalt für eine derartige Schlußfolgerung; denn die genannten Vorschriften sprechen aus, daß bei Verletzung der Normen über den Ort oder die Zeit der Zustellung oder über die Ersatzzustellung unter gewissen Voraussetzungen die Zustellung trotzdem gültig sein soll; das Gesetz geht also davon aus, daß ohne diese Vorschriften immer Ungültigkeit der Zustellung vor-

---

[1]) RG. Bd. 14 S. 338 ff.

[2]) Heilbut im ArchZivPrax. Bd. 69 S. 331 ff.

[3]) And. M. Klein in BuschsZ. Bd. 15 S. 495 u. 501.

liegen würde. Die Ungültigkeit mangelhafter Zustellung betrachtet es also als den Regelfall und Grundsatz.

Aber auch wenn dieses alle Normen über die Zustellung gleichmäßig umfassende Verfahren als nicht richtig anzuerkennen, jede Zustellungsnorm nach der ihr speziell zukommenden Bedeutung zu behandeln wäre, wofür mangels einer generellen, ausdrücklichen Regelung viel anzuführen ist,[1]) so muß doch dieses Verfahren gerade bei § 171 Abs. 1 dazu führen, die Zustellung als nicht vollgültig zu betrachten. Denn daß einem Prozeßunfähigen gegenüber keine Prozeßhandlungen, also auch keine Zustellung, mit voller Wirksamkeit vorgenommen werden können, folgt schon aus den Normen über die Prozeßfähigkeit überhaupt.

Bedeutet dies nicht Vorhandensein oder Nichtigkeit, gleich: rechtliche Unbeachtlichkeit der Zustellung und der Klage?

2. Mir erscheint hier der Begriff der Prozeßhandlung von Bedeutung. Häufig findet sich bei Gelegenheit der Behandlung unserer Frage der Satz: Eine fehlerhafte Zustellung sei keine Zustellung,[2]) also will man offenbar aus dem Begriffe der Zustellung bei einer Rechtslage, wie der hier zur Erörterung stehenden, zur Ablehnung ihrer Existenz gelangen. Es ist augenscheinlich, daß, wenn zum Ausgangspunkte der Begriff einer Handlung gewählt wird, alle Merkmale dieses Begriffes vorhanden sein müssen. Zur Begründung der Behauptung, eine mangelhafte Zustellung sei keine Zustellung, zieht man in den Begriff der Prozeßhandlung die Form als Begriffsmerkmal hinein und sagt etwa: Prozeßhandlung sei eine in bestimmter, d. h. gesetzlich bestimmter Form vorgenommene Handlung, ein Standpunkt, für den man sich darauf beruft, daß der Prozeß überhaupt ein Formalverfahren sei.[3]) Diese Begriffsbestimmung wird dann für die Zustellung dahin zugespitzt, daß die Zustellung die unter Einhaltung der Formen der §§ 168 ff. ZPO. geschehende Prozeßhandlung sei, und Formvorschriften sollen alle diejenigen sein, welche das bei der Zustellung zu beachtende Verfahren, ihre „Moda-

---

[1]) So Heilbut a. a. O. 370.

[2]) Dies betont z. B. RG. Bd. 14 S. 338 ff.

[3]) Solche Anlehnung an die Form zur Bestimmung des Begriffs der Prozeßhandlung schlechthin s. z. B. bei A. S. Schultze S. 34, 35.

litäten", betreffen; hierzu soll auch § 171 ZPO. gehören.[1]) Diese Auffassung, die den Begriff der Handlung aus deren Form ableiten will, leistet jedoch für das Verständnis der Handlung nichts. Die Definition der Handlung wird vielmehr gerade aus einem ihr disparaten Begriff „Form" gewonnen. Wir müssen aber bei jeder Handlung, also auch der Prozeßhandlung, ihr Reales, ihren Inhalt von ihrer Form, ihren Modalitäten scheiden. Walsmann[2]) drückt dies treffend dahin aus, die Handlung selbst ändere dadurch, daß sie in einer bestimmten Form vorzunehmen sei, ihren Charakter nicht. Die Form bietet also keine Abgrenzung der Prozeßhandlung von anderen. Zustellung ist daher auch viel mehr Übergabe eines Schriftstückes zum Zwecke der Mitteilung;[3]) der Kern ist die Übergabe.[4]) Dies sagt deutlich der § 170 ZPO.: „Die Zustellung besteht in . . ." Soll sie vollgültig erfolgen, so müssen die für sie gegebenen Vorschriften beachtet werden. Aber weiter: Diese Vorschriften sind nicht alle Formvorschriften, insbesondere auch der § 171 nicht. Das ergibt sich deutlich daraus, daß auch formlose, ja überhaupt alle Mitteilungen, auch wo es nicht besonders gesagt ist, an den gesetzlichen Vertreter geschehen müssen.[5]) Deshalb kann aber § 171 überhaupt nicht zur Begriffsbestimmung und als Form der Zustellung herangezogen werden, obgleich Zustellungen für die nichtprozeßfähigen Personen an deren gesetzliche Vertreter „erfolgen", vielmehr ist dies nur ein Beweis für die untechnische Redeweise der Reichszivilprozeßordnung, welche die definierende Indikativform hier gewiß an unrechter Stelle verwendet.[6])

§ 171 will unter einem ganz anderen Gesichtspunkte betrachtet sein. Dies ist der Grundsatz von der wie aktiven, so auch passiven Prozeßunfähigkeit. § 171 enthält nur seine überflüssige Wiederholung und bringt dadurch die ganze Betrachtung unter den

---

[1]) vgl. Stein Erl. IV vor § 166 und bes. Heilbut a. a. O. S. 370.

[2]) ArchZivPrax. Bd. 102 S. 9.

[3]) Fitting-Busch Bd. 13 S. 72.

[4]) Seuffert Erl. 1b zu § 171; vgl. Stein selbst in Erl. 1 zu § 170: Zustellung ihrem Zwecke und Wesen nach, beurkundete Übergabe.

[5]) Bei Verletzung des § 171 spricht das RG. Bd. 18 Nr. 84 gerade umgekehrt von „formell gültiger" Zustellung.

[6]) vgl. Heilbut a. a. O. S. 427.

falschen Gesichtspunkt, als handle es sich bei seiner Verletzung um Formfehler, wie auch sonst bei der Zustellung. Der genannte Grundsatz ist heranzuziehen, aber nicht zur Begriffsbestimmung.[1])

§ 56 Abs. 2 ZPO., der die einstweilige Zulassung der prozeßunfähigen Partei zur Prozeßführung gestattet, daß es nach der Gesetzesauffassung begrifflich möglich ist, daß ein Prozeßunfähiger Prozeßhandlungen vollziehe; freilich sind sie nicht vollwirksam. Langheineken[2]) trifft das Richtige, wenn er sagt, die Prozeßfähigkeit bei Vor- und Entgegennahme einer Prozeßhandlung bedinge zwar die Vollwirksamkeit, ihr Mangel vermöge aber nicht, die Prozeßhandlung zu einer bloßen Scheinexistenz herabzudrücken.

3. Weiter läge es vielleicht nahe, zur Entscheidung der Frage, welcher Art und Wirkung die Ungültigkeit ist, nach einer entsprechenden Regelung im bürgerlichen Rechte zu suchen und an ihrer Hand auf unsern Fall zurückzuschließen. Man könnte etwa entsprechend der Zustellung an einen Prozeßunfähigen an den Fall denken, daß die einem andern gegenüber abzugebende Willenserklärung an einen Geschäftsunfähigen geschehen sei. Welche Wirkungen sich hieran knüpfen, wäre ganz zweifellos: unheilbare Unwirksamkeit, Nichtigkeit (§ 105 BGB.). Ein Vergleich übrigens, der sich um so mehr aufzwingen will, als das Gesetz (§§ 51, 52 ZPO.) für die Regelung der Prozeßunfähigkeit auf die Vorschriften des bürgerlichen Rechts verweist. Dann würde man also dahin kommen, die Klagzustellung als „nichtig" zu bezeichnen. Gegenüber einer solchen Art der Verwendung von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches müßte jedoch genauer festgestellt werden, was für eine Bedeutung diesen für den in Frage stehenden Fall zuzuschreiben sei, ob eine direkte oder nur eine analoge. Beides aber wäre für unrichtig zu erachten. Die Prozeßunfähigkeit und die Geschäftsunfähigkeit sind nur in ihren Voraussetzungen von der Zivilprozeßordnung durch Verweisung auf das bürgerliche Gesetz gleichgestellt, nicht aber in ihren Wirkungen. In Frage käme also nur noch die analoge Anwendung.[1]) Man könnte zu ihr

---

[1]) Wie dies Tröltsch, zit. bei Walsmann im ArchZivPrax. Bd. 102 S. 10, 11 tut.

[2]) Urteilsanspruch S. 29 Anm. 2; ähnlich Schwalbach im ArchZivPrax. Bd. 64 S. 276.

vielleicht auf Grund des Satzes gelangen, daß die Regelung der Rechtsgeschäfte im Bürgerlichen Gesetzbuch eine so allgemein gehaltene sei, daß ihre Übertragung auf andere Rechtsgebiete statthaft sei. Dieser Satz unterliegt jedoch erheblichen Bedenken. Die analog anzuwendenden Vorschriften enthalten Privatrecht, die Zivilprozeßordnung dagegen öffentliches Recht. Ferner liegen zwar hier wie dort Willenserklärungen vor, aber es ist doch schon höchst zweifelhaft, ob auch Rechtsgeschäfte. Die Klagerhebung ist ein zusammengesetzter Akt, der keineswegs bloß Vornahme durch die eine und Entgegennahme seitens der anderen Partei ist. Bei ihr kommt dem Gericht eine erhebliche Rolle zu. Dann wird man aber kaum noch von einem Rechtsgeschäft sprechen können.[2]

Es ist schließlich zu fragen, was denn die Heranziehung der Analogie aus dem bürgerlichen Recht leisten soll. Soll damit nur gesagt werden, daß die Klagerhebung, wie erfolgt, ungültig ist, so ist sie überflüssig. Dasselbe Resultat ergibt sich nach dem Obigen bereits aus den Normen über die Zustellung selbst. Will man aber mit ihrer Hilfe die Art der Ungültigkeit als einer definitiven Unwirksamkeit, Nichtigkeit und Nichtbeachtlichkeit bestimmen, so muß dies scheitern. Denn die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den bezeichneten Punkt sind nur in ihrem Zusammenhang und Gegensatz zu anderen Arten der Unwirksamkeit verständlich und von Wert. Dann müßte man also auch die ferneren Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, etwa über die Anfechtbarkeit, in die Zivilprozeßordnung hineintragen. Daß dies falsch und nicht möglich ist, ergibt sich für die gerichtlichen Handlungen von selbst. Eine etwaige Einschränkung auf die Parteihandlungen aber würde unsern Fall nicht treffen; denn die Klagerhebung ist ein auch aus Gerichtshandlungen bestehender Akt, mag man über deren Umfang und Bedeutung auch streiten. Das Prozeßrecht bewahrt eben auch auf diesem Gebiete das Recht der freien Selbstbestimmung.[3]) Den Vorschriften des bürgerlichen Rechts ist daher kein Argument zu entnehmen, das zu einer Auf-

---

[1]) Sie wird herangezogen u. a. von Nußbaum S. 80.

[2]) vgl. dagegen auch Hellwig, Lehrb. Bd. 2 S. 322 und Schmidt S. 361 Anm.

[3]) vgl. Hellwig, Lehrb. Bd. 2 S. 27; Kohler in BuschsZ. Bd. 29 S. 1 ff.; Nußbaum selbst S. 67; Gaupp-Stein Erl. 31 vor § 128.

fassung der Klagerhebung als einer nichtigen berechtigte, was übrigens immer noch scharf von einer nichtexistenten zu trennen wäre.

4. Die Normen zur Lösung des Problems sind dem Prozeßrecht zu entnehmen. Sie bieten einen sehr sicheren Anhalt, um die Auffassung der Zustellung als einer nichtgeschehenen,[1]) der Klagerhebung als einer nichtigen, des Prozesses als eines „nichtengagierten" [2]) zu widerlegen.

Wären diese Behauptungen richtig, so wäre zu fordern, daß solche Prozeßhandlungen auch keinerlei rechtliche Wirkungen äußern, es gleich so stände, als seien sie nicht vorgenommen, und daß sie, soweit sie als nichtig angesprochen werden, definitiv unwirksam sind und bleiben. Unter Nichtigkeit ist zu verstehen definitive Unwirksamkeit. Mag dieser Satz in der Prozeßordnung keinen besonderen Ausdruck gefunden haben, so ist er doch ein „logisches Postulat" [3]) und ein Nebeneinanderbestehen der genannten Ungültigkeitsformen mit der Möglichkeit, die unter ihrem Einfluß stehenden Handlungen der Wirksamkeit zuzuführen, ist undenkbar.[4]) Diese Möglichkeit besteht aber gegenüber den Handlungen eines Prozeßunfähigen unbestreitbar. Die §§ 551 Nr. 5 u. 579 Nr. 4 setzen sie in der Form der Genehmigung stillschweigend, aber deutlich voraus. Dies erkennt auch die herrschende Meinung durchaus an, und man dürfte von einer Polemik Abstand nehmen in der Annahme, es handle sich nur um eine Divergenz im Ausdrucke, wenn nicht, wie der Verlauf der Darstellung mehrfach zu zeigen Gelegenheit haben wird, das falsche Wort auch unrichtige Folgerungen zeitigen würde.[5])

---

[1]) Hellmann in BuschsZ. Bd. 27, bes. S. 262; Just, im ArchZivPrax. Bd. 68 S. 325; Pfizer in BuschsZ. Bd. 13 S. 164 und GruchotsBeitr. Bd. 31 S. 15; RG. Bd. 34 S. 394 und in JW. 1899 S. 826; Stein Erl. IV vor § 166, II zu § 171.

[2]) Kohler, Prozeß S. 52.

[3]) Mitteis in JheringsJ. Bd. 28 S. 110.

[4]) s. dagegen Klein in BuschsZ. Bd. 15 S. 496; Weizsäcker in BuschsZ. Bd. 27 S. 44 Anm. 45; bes. aber Guttmann in BuschsZ. Bd. 29 S. 398.

[5]) s. z. B. Pfizer in BuschsZ. Bd. 13 S. 161; Stein Erl. I zu § 56; Wilmowski-Levy Erl. 7 zu § 230 a. F.; RG. in JW. 1894 S. 214; Bunsen in BuschsZ. Bd. 26 S. 281 sagt, ein Mangel der Prozeßfähigkeit habe für die Prozeßhandlungen „unheilbare Nichtigkeit zur Folge, soweit nicht [!] die prozeßfähig gewordene Partei sie genehmigt"; ähnlich wie der Text Klein a. a. O.

Diese Korrektur der herrschenden Meinung im Ausdrucke trifft jedoch wenigstens nicht für Hellmann[1]) zu. Er stellt mit aller Absichtlichkeit Nichtigkeit und Genehmigungsmöglichkeit nebeneinander und verteidigt die Kombination mit dem Hinweis darauf, daß auch aus einem nichtigen Geschäfte Rechtswirkungen entstehen können. Er wählt zum Beweise das Beispiel, daß ein gutgläubiger Dritter von einem anderen das Eigentum eines Grundstückes erwirbt, dem es selbst von einem Geisteskranken aufgelassen und hierdurch zur Eintragung gebracht ist. Hellmann führt aus: Auf Grund des nichtigen Geschäftes sei die Wirkung eingetreten, daß der Geisteskranke sein Eigentum verloren habe.

Dieses Argument greift jedoch nicht durch. Es ist nicht richtig, daß der Geisteskranke sein Eigentum auf Grund des nichtigen Geschäftes verloren hat. Die rechtliche Kausalität ist vielmehr die, daß der Dritte kraft der Eintragung des anderen und seines guten Glaubens Eigentümer geworden ist. Selbst wenn ihr ein nichtiges Geschäft nicht vorangegangen wäre, würde der Eigentumserwerb und Verlust eingetreten sein; beide lassen sich schon aus der bloßen Tatsache der Eintragung und aus dem hinzutretenden guten Glauben deduzieren; was zu der Eintragung geführt hat, ist also gleichgültig. Hierzu kommt, daß Hellmanns Beispiel, selbst wenn es für den zivilistischen Tatbestand etwas bewiese, doch zur Erklärung unserer Rechtslage nicht ausreicht. Denn anders als dort treffen nach erfolgter Genehmigung alle Wirkungen ein, die eingetroffen wären, wenn die mangelhafte Rechtshandlung sogleich gültig vorgenommen worden wäre, und sie treten von demselben Zeitpunkte an ein, an dem der auf Rechtswirkung gerichtete Zustellungsakt vor sich ging. Beides aber kann ein nichtiges Rechtsgeschäft und vor allem — wie zur Berichtigung Hellmans zu bemerken ist, denn er selbst spricht von der Klage als einer nicht vorhandenen, müßte also hierauf seine Analogien beziehen — ein Nichtgeschäft nicht leisten: Vollwirkung und Rückziehung.[2])

---

[1]) BuschsZ. Bd. 27 S. 274/75.

[2]) Richtiger und vorsichtiger heißt es bei Petersen-Anger Erl. II zu § 171 mit Rücksicht auf die Genehmigung nur, die Zustellung an einen Prozeßunfähigen sei „nicht unbedingt gültig“.

Auf eine Norm des positiven Rechts vermögen die Gegner sich nicht zu berufen. Es fehlt in der Prozeßordnung eine allgemeine oder spezielle Vorschrift des Inhalts, daß Verstöße gegen die vorgeschriebene Art und Form des Verfahrens den Prozeßhandlungen die beabsichtigte Wirkung nehmen. Es hat die Zivilprozeßordnung im beabsichtigten Gegensatze zum französischen Recht eine derartige Norm nicht in sich aufgenommen.[1])

5. Der Standpunkt, daß eine Zustellung an die prozeßunfähige Partei einer Nichtzustellung gleichkomme oder nichtig sei, läßt sich nach alledem nicht halten. Gewiß und unbestritten ist sie mangelhaft, aber eine Gleichstellung mit jener verträgt sie nicht. Die Unterscheidung zwischen mangelhafter Zustellung und Nichtzustellung, die wegen der §§ 253, 498 auch die Klagerhebung betrifft, hat eine bestimmte gesetzliche Grundlage und erhebliche praktische Bedeutung: nur bei einer mangelhaften Klage ist Zurückbeziehung auf den Zeitpunkt der gegen § 171 verstoßenden Zustellung „Heilung" denkbar, nicht bei einer nichterhobenen Klage.[2]) Ob aber eine mangelhafte Klagerhebung im Sinne der Zivilprozeßordnung überhaupt eine Klagerhebung ist, wird sich am besten daran feststellen lassen, ob die Wirkungen eintreten, welche die Prozeßordnung mit einer Klagerhebung verbindet.

II. Der Lauf des Prozesses.

Auf die Klagerhebung erfolgt trotz ihrer Mangelhaftigkeit ein Verfahren, das bis zu seiner Beendigung dem auf ordnungsmäßige Klagerhebung stattfindenden gleicht.

1. Der in einer Klagerhebung liegende Angriff gegen den Beklagten ist auch hier vorhanden.[3]) Der Kläger hat die Klage eingereicht. Das Gericht hat mit der Terminsbestimmung erklärt, ihm Rechtsschutz erteilen zu wollen. Der Angriff hat sich nach

---

[1]) Hierauf weist das RG. Bd. 17 S. 403 hin.

[2]) Die Unterscheidung wird in der Literatur gemacht von Blanckmeister im Recht 1903 S. 544; Hellwig, Lehrb. Bd. 2 S. 20 Anm. 10; Skonietzki-Gelpcke Erl. IV b zu § 253; Weizsäcker in BuschsZ. Bd. 27 S. 44, 45; vgl. auch Petersen-Anger Erl. III zu § 295.

[3]) So Planck Bd. 2 S. 89, 90; Weizsäcker in BuschsZ. Bd. 27 S. 58.

außen in einer Zustellung offenbart. Freilich ist er nicht mit den gesetzlichen Mitteln gemacht und sollte daher nicht zu einer dem Kläger günstigen Entscheidung führen können. Um solchen Ausgang aber mit Sicherheit zu vermeiden, muß sich der Beklagte durch seinen gesetzlichen Vertreter verteidigen. Er wird hierzu, wenn auch mit weniger Dringlichkeit, genötigt, als wenn er ordnungsmäßig geladen wäre.[1]) Im Falle seines Ausbleibens besteht die nahe Möglichkeit, daß ein ihn verurteilendes Erkenntnis ergeht, um so mehr, als der Mangel der Prozeßfähigkeit dem entscheidenden Gericht regelmäßig verborgen sein wird. Ein Urteil aber, das gegen den prozeßunfähigen nichtvertretenen Beklagten ergangen ist, äußert alle Urteilswirkungen, obgleich es normwidrig ist (vgl. § 335 Nr. 2 ZPO.). Selbst wenn sich später der Mangel herausstellt, gehen diese nicht ohne weiteres verloren.[2]) Läßt der Beklagte es rechtskräftig werden, und versäumt er die ihm für den Fall mangelnder Prozeßfähigkeit gegebene Befugnis, das Urteil durch Nichtigkeitsklage umzustoßen, so kann der Kläger ungehindert und endgültig alle sich aus ihm ergebenden Folgen geltend machen (§§ 579 Nr. 4, 586 ZPO.). Der Beklagte muß also durch seinen gesetzlichen Vertreter auf das Urteil hin irgendwie tätig werden. Die Möglichkeit, dies zu tun, gewährt ihm das hier vorhandene Schweben eines — nur durch eine Klagerhebung einzuleitenden — Prozesses, in dem er als Partei auftritt. Wer aber das Vorhandensein eines Prozesses leugnet, entzieht dem Beklagten den Boden, die unzulässige Beschwerung von sich abzuwehren. Wenn jedoch Prozeß und Beschwerung etwa bis zum Ergehen eines Urteils gegen den Beklagten verneint werden sollten, so ist dies nach diesem Zeitpunkt nicht mehr angängig. Da keinesfalls angenommen werden kann, daß erst das Urteil ein schwebendes und den Beklagten zur Partei machendes Verfahren einleitet, ergäbe die konsequente Verfolgung der Leugnung eines Prozesses die Unmöglichkeit der Anfechtung eines in unserem Falle gegen den Beklagten erstrittenen Urteils.

2. Weitere Äußerungen eines vorhandenen Prozesses treten

---

[1]) Weizsäcker a. a. O. S. 52.

[2]) vgl. bes. Bülow im ArchZivPrax. Bd. 64 S. 35 ff., 75, 76.

hinzu. Eine regelrechte mündliche Verhandlung findet statt.[1]) Namentlich wird auch die Einrede der Rechtshängigkeit gegeben. Sollte jetzt etwa der Kläger eine neue Klage mit demselben Gegenstande anstellen, so würde der Beklagte mit Recht auf die Anhängigkeit des Rechtsstreites hinweisen, und der Kläger könnte dem nicht entgegenhalten, dieser sei mangels ordnungsmäßiger Klagerhebung nicht vorhanden. Das Gegenteil fordert „das Bedürfnis nach Ordnung und Ungestörtheit des Verfahrens“,[2]) und die herrschende Meinung empfindet das Bedürfnis stark genug, — durchaus folgewidrig — daß sie sich dem anschließt.[3]) Auch eine Sukzession in die Parteistellung ist möglich. Weiter entstehen Kostenpflichten.[4]) Einen eigenartigen und die Schwierigkeiten der gegnerischen Ansicht beleuchtenden Rat gibt Pfizer[5]) — der das Bestehen eines Prozesses leugnet — dem im Prozeß auftretenden gesetzlichen Vertreter, um Ersatz seiner Prozeßkosten erlangen zu können. Pfizer führt richtig aus, der gesetzliche Vertreter könne, wenn die Sache wegen Nichtrechtshängigkeit im Beschlußwege zu erledigen sei — was er annimmt — folgeweise keine Verurteilung des Klägers in die Prozeßkosten erreichen — oder doch nur auf folgendem Umwege. Der gesetzliche Vertreter soll es darauf ankommen lassen, daß ein „Scheinurteil“ gegen den Beklagten gefällt werde, und dieses mit der Nichtigkeitsklage angreifen; in diesem Verfahren werde er auch Verurteilung des Klägers in die gesamten Prozeßkosten erreichen. Der Rat Pfizers ist ein recht gefährlicher. Pfizer setzt voraus, daß der gesetzliche Vertreter in Kenntnis des Mangels in das Mängel behaftete Verfahren eingetreten ist, ohne demnächst den Mangel zu rügen. Hierin liegt aber immer eine stillschweigende Genehmigung des Verfahrens, und jedenfalls tritt Präklusion mit der Mängelrüge gemäß § 295 ZPO. ein. Die Nichtigkeitsklage würde also niemals durch-

---

[1]) RG. in JW. 1888 S. 407.

[2]) Schmidt S. 415 N. 16.

[3]) Kohler, Prozeß S. 36 ff.; Schmidt a. a. O.; Seuffert Erl. I zu § 263; Stein Erl. I zu § 261; RG. in JW. 1899 S. 826 und 1907 S. 391 mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Eheprozesses; OLG. Stuttgart in WürttJ. Bd. 7 S. 298.

[4]) Hellwig, Lehrb. Bd. 2 S. 26.

[5]) Pfizer a. a. O. S. 165.

greifen,[1]) und der Beklagte auch noch diese Kosten zu tragen haben.

Diejenigen, die das Schweben eines Prozesses leugnen,[2]) sagen nun namentlich, daß doch ein Prozeß noch nicht überall da vorliege, wo zwei Parteien tatsächlich und in den Formen des Zivilprozesses miteinander streiten. Dieser Einwand ist an sich richtig, doch wird er unserer Prozeßlage nicht gerecht. Die ihn für sich anführende Meinung beruht m. E. darauf, daß sie allzusehr sich auf eine unzulässige Betrachtung ex posteriori stützt.[3]) Ergeht nämlich, wie es die herrschende Meinung in unserem Falle fordert, wegen der mangelhaften Klagerhebung ein prozeßabweisendes Urteil, so steht dann freilich fest, daß der Mangel vorhanden war, aber die bloße Möglichkeit, daß die Rechtshängigkeit wegfallen kann, darf nicht zu der Annahme verleiten, daß sie schon, bevor der vernichtende Akt eingetreten ist, als nicht vorhanden gelte.[4]) Der Fehler würde dem ähnlich sein, wenn man im bürgerlichen Rechte ein anfechtbares, aber noch nicht angefochtenes Rechtsgeschäft einem nichtigen gleichstellen wollte. Die Wirkungen der Klagerhebung und diese selbst als bloß tatsächliche auszugeben, von bloßer „Scheinrechtshängigkeit" zu reden, geht aber, wenn man den Gegensatz von tatsächlichen Wirkungen in rechtlichen finden will, um so weniger an, als dieses tatsächliche, ja rechtliche Folgen zeitigt. Freilich ist die durch die mangelhafte Klagerhebung erfolgte Rechtshängigkeit besonderer Art. Diese Besonderheit würde nicht schon darin gefunden werden können, daß vielleicht die materiellen Rechtshängigkeitswirkungen nicht eintreten;[5]) denn da materielle und prozessuale Rechtshängigkeitswirkungen durchaus zu trennen sind, und jene auch materiellen Rechtes sind,[6]) so würde ihr Vorhandensein oder

---

[1]) Ähnlich Troll, Versäumnisurteil S. 40 Anm. 1.

[2]) Hellmann in BuschsZ. Bd. 27 S. 262; Just im ArchZivPrax. Bd. 68 S. 325; Pfizer Bd. 13 S. 161; Nußbaum a. a. O. §§ 10, 11, insbes. S. 106.

[3]) Dagegen s. auch K. Schneider, Treu und Glauben S. 7 in anderem Zusammenhange.

[4]) Hellwig, Lehrb. Bd. 2 S. 15 Anm. 15; das Reichsgericht drückt dies Recht 1909 Nr. 103 so aus, es sei eine Klagerhebung erfolgt, die bis zur Führung des Gegenbeweises als legal zu gelten habe.

[5]) s. unten.

[6]) s. einstweilen Schmidt S. 418.

Ausbleiben keine Änderung in dem prozessualen, hier allein zur Erörterung stehenden Bilde hervorrufen können. Das Besondere ist, daß die hier nachzuweisenden prozessualen Rechtshängigkeitswirkungen mit Rückwirkung wegfallen können, wenn nicht Beseitigung des Mangels eintritt. Sie befinden sich also in der Schwebe.

III. Die Beendigung des Prozesses.

Daß ein rechtshängiges Verfahren im ordentlichen Wege nur durch Urteil beendet werden kann, ist ein prozessualer Rechtssatz, der bisher von keiner Seite angezweifelt worden ist. Beachtet man dies, so erwächst der hier vertretenen Position eine Verstärkung auch aus der Lehre vom Urteil unmittelbar.

1. Eine, wie ich meine, entscheidende Bedeutung für die Lösung des gestellten Rechtsproblems kommt dem § 275 ZPO. im Zusammenhalt mit § 274 Nr. 7 daselbst zu.[1]) Was hier interessiert, ist die Bestimmung im § 275, daß bei Geltendmachung der prozeßhindernden „Einrede" der Prozeßunfähigkeit abgesonderte Verhandlung über die Einwendung einzutreten habe, die Entscheidung aber hierüber durch Urteil zu geben sei: wenn sie unbegründet ist, durch Zwischenurteil, wenn sie begründet ist, durch Endurteil. Namentlich das letztere ist wichtig. Denn einerseits ist die Prozeßfähigkeit eine Prozeßvoraussetzung, ihr Mangel affiziert also das Verfahren. Selbst wenn aber das Gericht diesen Mangel als vorliegend erachtet, ist ein Urteil zu erlassen (§ 275). Anderseits bleibt zu erwägen, daß, wo ein Urteil zu erlassen ist, ein Rechtsstreit schwebt (§ 300 ZPO.). Folglich liegt auch bei Fehlen der Prozeßvoraussetzung der Prozeßfähigkeit ein Rechtsstreit vor. Vielleicht unterfällt unser Tatbestand schon unmittelbar dem der Einrede der Prozeßunfähigkeit, wenigstens aber wird von der genannten Prozeßvoraussetzung auf andere Prozeßvoraussetzungen ein Schluß zulässig sein.[2]) Zu diesen gehört aber die ordnungsmäßige Klag-

---

[1]) vgl. Fitting, Reichszivilprozeß S. 89 und Anm. 7 daselbst.

[2]) Löning, Versäumnisverfahren 1907 S. 36, spricht sich für gleichmäßige Behandlung aller Prozeßvoraussetzungen aus. Die Klagerhebung rechnet dazu z. B Bülow in BuschsZ. Bd. 27 S. 224 ff., S. 237; Hellwig, Lehrb. Bd. 2 S. 14; Seuffert Erl. I zu § 274; Wilmowski-Levy Erl. I zu § 247 a. F.; RG.

erhebung, also liegt auch, wenn sie nicht ordnungsmäßig ist, ein der Erledigung durch Urteil fähiger und bedürftiger Prozeß vor.[1])

Diesen Schluß kann nur machen, wer der Meinung ist, daß dem § 275 symptomatische Bedeutung als Ausfluß eines allgemeinen Prinzips zukomme. Anderer Meinung ist Nußbaum.[2]) Er meint, Urteil sei nur erforderlich, weil § 275 dies eben vorschreibe. Nußbaum verkennt jedoch die Bedeutung dieser Vorschrift. Sie will gar nicht erst die Notwendigkeit des Urteils konstituieren. Deshalb heißt es auch nicht einfach, es sei durch Urteil zu entscheiden, sie will viel spezieller nur sagen, daß auf Weigerung des Beklagten über die prozeßhindernde Einrede besonders zu verhandeln und besonders — diese Einschaltung dürfte ganz unbedenklich sein — durch Urteil zu entscheiden sei. § 275 gibt also dem zu erlassenden Urteil einen bestimmten beschränkten Inhalt, nicht Dasein. Es hat zu ergehen, weil ein Rechtsstreit vorhanden ist. Wer dies nicht zugibt, für den muß freilich § 275 „die Zeichen der Anomalität an sich tragen und die Vorschriften der Zivilprozeßordnung in sehr gewaltsamer Weise durchbrechen".[3]) Unsere Auffassung, daß auch das abweisende Prozeßurteil auf Grund einer Klagerhebung und über einen Rechtsstreit ergeht, fügt sich organisch in den Bau des Gesetzes.

Gegen diese Deduktion wendet sich Hellmann. Mit der wiederholten Behauptung, daß ein Prozeß nicht vorhanden sei, wo keine vollgültige Klagerhebung vorliege, leugnet er mit der Anwendbarkeit des § 275 die Notwendigkeit des Endurteils gegenüber der prozeßhindernden Einrede des § 274 Nr. 7, wenn hier

---

Bd. 18 Nr. 84 und GruchotsBeitr. Bd. 50 S. 1062; auch Stein Erl. I zu § 274, der die ordnungsmäßige Klagerhebung nicht zu den Prozeßvoraussetzungen rechnet, schließt doch von diesen auf jene, z. B. von der Behandlung einer Klage vor unzuständigem Gerichte auf eine inhaltlich fehlerbehaftete; Erl. II, 1 zu § 262.

[1]) Durchaus herrschende Meinung Literatur bei Nußbaum S. 80. Abweichend Hellmann in BuschsZ. Bd. 27 S. 262 und sonst; Nußbaum S. 80; Just a. a. O. S. 316; Pfizer in BuschsZ. Bd. 13 S. 156.

[2]) S. 106.

[3]) Nußbaum S. 105 N. 6.

keine ordnungsmäßige Klagerhebung gegeben sei. Das Sonderurteil dürfe und könne auch in diesem Falle nur bei rechtem Klageakte ergehen, sonst sei die Beschlußform die gegebene; denn es sei nicht möglich, daß der prozeßunfähige Beklagte selbst die Verhandlung zur Hauptsache weigere und dadurch das Gericht zum Urteilserlasse zwinge.[1] Dem kann nicht beigetreten werden. Die „Einreden" des § 274 ZPO. sind solche, daß wenn ihr Tatbestand vorhanden ist, Endurteil, anderenfalls Zwischenurteil auszusprechen ist. Dies ergibt § 275, mit Rücksicht auf den sie erlassen sind und mit dem die Stichprobe auf die rechtliche Auffassung der Einredetatbestände des § 274 gemacht werden kann. Sicherlich gilt dies insoweit, daß die einmal angenommene Auffassung der Einredetatbestände, soll sie richtig sein, zu dem zweifachen Resultate muß führen können: Zwischenurteil oder prozeßabweisendem Endurteil. Diese Probe aber ergibt, daß, legt man Hellmanns Ansicht für die Einrede der Prozeßunfähigkeit zugrunde, prozeßabweisendes Endurteil nicht denkbar ist, wie man auch kombinieren mag.

a) Denn entweder ist dem gesetzlichen Vertreter des Beklagten zugestellt: erscheint der Beklagte selbst im Termin, so ist er durch Beschluß zurückzuweisen. Der Rechtsstreit aber geht ruhig weiter, z. B. ergeht Versäumnisurteil gegen den Prozeßunfähigen wegen Säumnis seines gesetzlichen Vertreters; der gegen den Beklagten ergehende Beschluß ist deswegen auch nicht mit dem von Hellmann geforderten prozeßeinstellenden Beschlusse identisch. Erscheint aber — ein Fall, den Hellmann völlig außer acht läßt — der gesetzliche Vertreter des Beklagten und bringt den Einwand vor, so ist dieser -- ordnungsmäßige Klagerhebung vorausgesetzt — natürlich unbegründet, und es kann nur Zwischenurteil ergehen.

b) Oder die Klage ist an die Partei selbst zugestellt. Soll die Klagerhebung gültig sein, so muß die Partei zur Zeit der Zustellung die Prozeßfähigkeit besessen haben (§ 171 ZPO.); ein zwischen Klagerhebung und mündlicher Verhandlung entstandener Mangel der Prozeßfähigkeit führt aber niemals zur

---

[1]) BuschsZ. Bd. 27 S. 264 u. 275.

Klagabweisung, sondern nur zur Unterbrechung des Verfahrens (§ 241 ZPO.); also auch hier könnte nur der den Beklagten zurückweisende Beschluß, und wenn sein neuer gesetzlicher Vertreter auftritt, Zwischenurteil ergehen. So wie Hellmann den Tatbestand der prozeßhindernden Einrede der Prozeßunfähigkeit auffaßt, kann es also niemals zu einem prozeßabweisenden Endurteil kommen. Hellmanns Ansicht würde zu einer sonderbaren Inkongruenz der Einrede mangelnder Prozeßfähigkeit gegenüber allen den sonstigen Einwänden des § 274 führen. Denn alle anderen fordern gemäß § 275 bei bejahender Feststellung ihres Tatbestandes prozeßabweisendes Endurteil. Diese Konsequenz zeigt deutlich die Unrichtigkeit von Hellmanns Einwand. Die §§ 274 Nr. 7 und 275 schließen auch die Fälle nicht ordnungsmäßiger Klagerhebung in sich.

2. Aber auch ein anderer Zusammenhang spricht für die Notwendigkeit des Urteils. Die an das Gericht ergehenden Rechtsschutzgesuche, Urteilsansprüche des Zivilprozesses sind wesensgleich, mögen sie nun die Bezeichnung „Klage", „Einspruch", „Berufung" usw. tragen.[1] Folglich läßt sich aus der Behandlung der einen im Gesetze ein zulässiger Schluß auf die anderen ziehen.[2] In den §§ 341, 535 ZPO. ist nun vorgeschrieben, daß wenn der Einspruch oder die Berufung nicht form- oder fristgerecht eingelegt sind — wo sie dann von der bekämpften Ansicht als nichtig hingestellt werden würden —, ihre Zurückweisung durch Endurteil zu geschehen hat. Dasselbe galt bis zur Zivilprozeßnovelle v. 5. 6. 1905 für die derart mangelhafte Revision. Seitdem ist hier freilich die Beschlußform vorgeschriebeu (§ 554a ZPO.). Läßt sich dann bei solch verschiedenartiger Gestaltung der Entscheidungsform auf Rechtsschutzgesuche überhaupt noch auf die Klage aus der Behandlung der anderen schließen und kann dieser Schluß nicht ebensowohl seinen Obersatz in der Behandlung der Revision, als z. B. bei Einspruch und Berufung, finden? Das meine ich nicht. Daß auf mangelhaft eingelegte

---

[1]) Goldenring in BuschsZ. Bd. 9 S. 96.

[2]) z. B. auch bei Struckmann-Koch Erl. II zu § 535 in anderem Zusammenhange.

Revision durch Beschluß entschieden werden **kann**, bestätigt sogar umgekehrt die hier vertretene Auffassung, daß auch eine mangelhafte Klage einen durch Urteil zu beendigenden Rechtsstreit begründe; denn die letzterwähnte Vorschrift trägt den Charakter der Singularität auf der Stirn: es handelt sich um das Verfahren vor dem Reichsgericht. Ferner ist die Revision der Klage unähnlicher als Berufung und Einspruch.[1]) Klage, Einspruch und Berufung treten gemeinsam zu der Revision dadurch in Gegensatz, daß sie eine Prüfung in facto und in iure herbeiführen. Von der Revision läßt sich aber auf den Fall mangelhaft zugestellter Klage um so weniger folgern, als nach § 554a ZPO. das Beschlußverfahren bei mangelhafter Revision nur eintritt, wenn eine mündliche Verhandlung nicht stattgefunden hat. Ist dagegen mündliche Verhandlung vorausgegangen, wenn auch nur über Frist oder Form der Revision, so muß Urteil verkündet werden. Derart, daß mündliche Verhandlung stattzufinden hat, liegt aber die Sache bei mangelhaft zugestellter Klage immer. Die Fälle, in denen auf nicht ordnungsmäßig erhobene Klage ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann, sind außerordentlich selten, und sicherlich gehört der Fall einer unrichtigen Klagzustellung nicht darunter.[2]) Durchaus berechtigtermaßen, denn es ist nicht Sache des Gerichts, ein Rügerecht für den Beklagten auszuüben, sondern das Gericht hat zu warten, ob der Beklagte vielleicht von einer Rüge absieht und dadurch das Verfahren vollgültig wird.

Die Urteilsform ist danach auch für Prozesse, die durch mangelhafte Klagzustellung eingeleitet sind, das Gegebene.

IV. Anhang: Prozeß und Prozeßvoraussetzung.

Einem — nicht direkt dem Gesetz zu entnehmenden — Einwande ist die vorstehende Beweisführung in allen ihren drei Teilen ausgesetzt. Die Klagerhebung, genauer die ordnungsmäßige Klagerhebung, ist nämlich[3]) „Prozeßvoraussetzung", und

---

[1]) **Nußbaum** S. 121.

[2]) s. **Eccius** in GruchotsBeitr. Bd. 29 S. 1 ff.

[3]) Auch nach der Ansicht des Verfassers, s. oben S. 16 Anm. 2.

man könnte vielleicht versucht sein, aus diesem Ausdrucke zu schließen, daß bei Ermangeln dieser Voraussetzung überhaupt kein Prozeß oder doch nur ein regelwidriger Prozeß, z. B. ein bloßer „Vorprozeß", vorhanden sei.[1]) Die erste Annahme ist durch die bisherigen Ausführungen widerlegt, aber auch die zweite ist unrichtig. Sie erscheint aus der geschichtlichen Entwicklung heraus, die den Begriff der Prozeßvoraussetzung aus dem römischen Recht auf dem Wege über das gemeine in unser Recht getragen hat, erklärlich, kann aber auch aus ihr widerlegt werden. Die in Rom bestehende Zäsur des Verfahrens in das Verfahren in iure und das in iudicio begründete auch für das gemeine Recht die Auffassung, daß erst das Verfahren in iudicio der eigentliche „Prozeß" sei, während das erstere mehr das Aussehen eines Verwaltungsaktes haben sollte. Beide Abschnitte hatten sich ja in Rom wie äußerlich nach der Person des Entscheidung gebenden Staatsorgans und den Verfahrensformen so innerlich nach der Art der zur Behandlung stehenden Fragen — prozessuale — materielle — geschieden. Von einer Scheidung in jener Hinsicht kann schon nach gemeinem Rechte keine Rede mehr sein. Alle Fragen standen zur Kognition des einen Richters. Doch prüfte er die prozessualen Fragen noch immer, bevor er in das Verfahren zur Hauptsache eintrat. Auch dieser letzte Rest der Scheidung in Prozeßprozeß und Anspruchsprozeß ist aber in der Reichszivilprozeßordnung gefallen. Für beide gelten dieselben Verfahrensvorschriften. Die Verhandlung erfolgt zu beiden gemeinsam; „verhandeln" heißt ebensogut sich zur prozeßrechtlichen Seite äußern, als nach der materiellen, insbesondere zivilrechtlichen.[2]) Einheitlich geschieht die richterliche Prüfung prozessualer und materieller Fragen. Eine jene bejahende Beantwortung muß nur gegeben sein, soll es zu einem Urteile über diese „zur Hauptsache" kommen. Die Prozeßvoraussetzungen sind heute Voraussetzungen für die

---

[1]) So einerseits der Begründer der ganzen Lehre, Bülow, Prozeß 1868; andererseits z. B. Wach, Handb. Bd. 1 § 3 S. 20.

[2]) Die Frage wird wichtig bei der Auslegung des § 333 ZPO. Die herrschende Meinung, z. B. Stein Erl. I zu § 332; Petersen Erl. 3; Struckmann-Koch Bem. 1 ebenda; Wilmowski-Levy Erl. I zu § 298 a. F.; ferner Planck Bd. 2 S. 355; Weismann Bd. 1 S. 400, vertritt auch der Text.

materielle Entscheidung, nicht aber für den Prozeß als solchen im Sinne der Zivilprozeßordnung.[1] Daraus, daß der Prozeßvoraussetzung ordnungsmäßiger Klagerhebung hier nicht genügt ist, kann also nichts gegen das Vorliegen eines Prozesses überhaupt gefolgert werden.

Nach der gesamten bisherigen Beweisführung setzt daher auch eine dem § 171 Abs. 1 ZPO. zuwider erfolgende Klagzustellung den Prozeß in Gang.

§ 4.

Heilung des Mangels.

Außer dieser einen, allen Beseitigungsmöglichkeiten des Mangels gemeinsamen und notwendigen Voraussetzung, dem Vorliegen eines Prozesses, hat aber jede von ihnen noch eine Reihe Spezialvoraussetzungen, und jede von ihnen ist mit eigenartigen Wirkungen ausgestattet. Am umfassendsten sind diese bei der sogen. Heilung des Klagzustellungsmangels. Es soll deshalb zunächst in eine Erörterung über sie eingetreten werden.

I. Unter Heilung ist zu verstehen: Beseitigung des Mangels einer Prozeßhandlung derart, daß es so anzusehen ist, als sei er von vornherein gar nicht vorhanden gewesen.

II. Zu ihr bieten sich zwei Wege:

a) Zunächst kann eine Genehmigung des bisherigen vom Mangel berührten Verfahrens erfolgen. In den §§ 551 Nr. 5, 579 Nr. 4 ZPO. wird die Zulässigkeit der Revision und der Nichtigkeitsklage bestimmt, „wenn eine Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat". Voraussetzung ist hiernach nur, daß die Partei in dem konkreten Verfahren nicht vorschriftsmäßig vertreten war, nicht etwa, daß die Partei überhaupt keinen Vertreter hatte. Beide Fälle sind genehmigungsfähig und -bedürftig. Unter Vertretung ist aber hier wie sonst sowohl die auf Willensakt der

[1] So Degenkolb im ArchZivPrax. Bd. 103 S. 397 ff.; Hellwig, Lehrb. Bd. 2 S. 12 ff.; Weismann Bd. 1 S. 385 f.

Partei beruhende als auch die gesetzliche Vertretung zu verstehen, und der Begriff der Vertretung umfaßt sowohl die Vornahme als die Entgegennahme einer Handlung für einen anderen. Der die Adressierung der Zustellung an den gesetzlichen Vertreter verordnende § 171 ZPO. ist aber, was nicht verkannt werden kann, eine Anwendung des Prinzips von der passiven Handlungsunfähigkeit einer prozeßunfähigen Partei. Seine Verletzung ist also den vorgenannten Bestimmungen zu unterstellen, und Genehmigung zulässig.

b) Die zweite Heilungsmöglichkeit bietet der § 295 ZPO. Da § 171 eine Verfahrensvorschrift ist, unterliegt seine Verletzung an sich dem durch diese Vorschrift zugelassenen Verzicht der Rüge und der Präklusion mit der Rüge. Doch ist weiter erforderlich, daß die verletzte Vorschrift nicht zwingenden Rechtes ist (§ 295 Abs. 2). Ist dies auch mit den Zustellungsvorschriften im allgemeinen nicht der Fall,[1]) so ist doch die Zustellung eine unselbständige Prozeßhandlung, und die Frage nach der Verzichtbarkeit von Mängeln ist deshalb mit Beziehung auf den durch die Zustellung hervorgerufenen Mangel der Klagerhebung zu stellen und zu beantworten. Die Erörterung hat sich naturgemäß auf das Gebiet des Themas zu beschränken, sie gibt aber doch eine m. E. recht sichere Antwort.

Die Möglichkeit eines Verzichtes gemäß § 295 ist nur dann gegeben, wenn der Verzicht nicht Normen betrifft, deren Wahrung im öffentlichen Interesse liegt. Wie ich meine, mit Recht, wird ein öffentliches Interesse überall dort als vorliegend angesehen, wo das Gesetz vorschreibt, das Gericht solle einen Umstand von Amts wegen berücksichtigen. Das Gericht ist dann zur Hüterin des öffentlichen Interesses bestimmt, und deswegen dürfen die Parteien über solche Umstände nicht paktieren. Nun heißt es im § 56 ZPO. allerdings, das Gericht habe den Mangel der Prozeßunfähigkeit von Amts wegen zu berücksichtigen. Trotzdem steht diese Vorschrift der Möglichkeit eines Verzichtes nicht entgegen. Sie besteht, um den Prozeßfähigen einen Schutz von

---

[1]) So die allgemeine Lehre, s. Literatur bei Seuffert Erl. II zu § 295 und selbst die sonst zurückhaltenden Mot. z. Entw. z. ZPO. S. 215.

Gerichtsseite zukommen zu lassen.[1]) Diesen Schutz benötigt der Prozeßunfähige aber nur, wenn er selbst handelt oder wenn ihm selbst gegenüber gehandelt werden soll. Daraus folgt dann, daß er selbst oder sein Prozeßgegner nicht den Verzicht auf die Mängelrüge auszusprechen vermag; wohl aber kann dies sein gesetzlicher Vertreter, wenn er in dem Termine trotz der mangelhaften Zustellung erschienen ist, um die Rechte des Prozeßunfähigen wahrzunehmen. Ihm die Disposition über den Prozeß zu nehmen, beabsichtigt § 56 keinesfalls. Natürlich kann er nicht auf den Mangel der Prozeßunfähigkeit überhaupt verzichten und dadurch etwa bewirken, daß der Prozeßunfähige nun in den Prozeß selbst handelnd eingreift. So würde aber auch eine Verzichtserklärung nicht zu verstehen sein. Die Verzichtserklärung geht vielmehr dahin, daß einer einzelnen infolge der Prozeßunfähigkeit des Beklagten und mangels der gesetzlichen Vertretung in diesem besonderen Falle fehlerhaften Handlung, hier der Klagerhebung, Wirksamkeit verliehen werden soll. Und daß dies geschehe, steht mit der weiteren Tendenz des § 56, daß durch Berücksichtigung der mangelnden Prozeßfähigkeit fehlerhafte Handlungen und damit ein doch nicht zum Sachurteile führendes Verfahren vermieden werden soll,[2]) in bestem Einklang. Denn dadurch, daß der gesetzliche Vertreter die Möglichkeit hat, den Mangel zu beseitigen, wird das Verfahren gerade der Vollgültigkeit und damit seinem Ziele zugeführt. Entscheidend spricht aber für die Möglichkeit der Anwendung des § 295, daß die Genehmigung des bisherigen Verfahrens erfolgen kann, und da sie der verletzten Partei zu beliebigem Gebrauche in die Hand gegeben ist, kann sie die Genehmigung nach Willkür ausüben oder unterlassen. Sie hat also vermöge ihrer die Disposition über das bisherige Verfahren. Was aber § 295 Abs. 2 will, ist, daß nicht absolute Normen des Verfahrens verletzt werden.[3]) Daß hier dispositive Vorschriften in Frage stehen, ist durch die Möglichkeit der Genehmigung nach=

---

[1]) Birkmeyer in BuschsZ. Bd. 7 S. 176.

[2]) Birkmeyer a. a. O.

[3]) Bülow im ArchZivPrax Bd. 64 S. 1 ff.; Guttmann in BuschsZ. Bd. 29 S. 396; Seuffert Erl. II zu § 295.

drücklich erwiesen, und der Schluß von der Genehmigung auf den Verzicht erscheint durchaus begründet.[1])

III. Die beiden Wege zur Heilung des Klagzustellungsmangels sind nicht nur nach ihrem Namen und ihrer gesetzlichen Grundlage verschieden.

a) Der praktische Unterschied zeigt sich einmal darin, daß die Genehmigung notwendig einer Willenserklärung bedarf. Diese Erklärung kann freilich in beiden Fällen eine ausdrückliche oder stillschweigende sein. Dazu tritt aber für den Verzicht die Präklusion durch bloßes Unterlassen der Rüge des Mangels in der ersten mündlichen Verhandlung, die auf Grund der Klagerhebung stattfindet, wenn der gesetzliche Vertreter erschienen ist und den Zustellungsmangel kennt oder kennen muß. Das wird aber immer der Fall sein, da der Vertreter nur dann erscheinen wird, wenn die zugestellte Klagschrift in seine Hände gelangt und er aus der Adressierung immer ersehen muß, daß sie an den Prozeßunfähigen selbst gerichtet worden ist.

b) Anderseits hat aber die Genehmigung ein weiteres Anwendungsgebiet, weil sie nicht nur in der mündlichen Verhandlung oder überhaupt gegenüber dem Gerichte, sondern sicherlich auch, was für den Verzicht bestritten ist,[2]) außerhalb der Verhandlung durch Erklärung gegenüber dem Prozeßgegner erfolgen kann.[3]) Würde also der Beklagte in der mündlichen Verhandlung nicht erscheinen und könnte der Kläger die Genehmigung der bisher mangelhaften Prozeßführung nachweisen, so könnte auf seinen Antrag Versäumnisurteil bereits in der ersten auf die Klagerhebung anberaumten Verhandlung ergehen, während es bei einer Heilung auf Grund des § 295 nach der Ansicht des Reichsgerichts[4]) frühestens in der zweiten Verhandlung möglich wäre.

IV. Mag nun die Heilung durch Genehmigung, durch Verzicht auf das Rügerecht oder durch Präklusion mit dem Rügerecht erfolgen, in jedem Falle beseitigt sie den Mangel. Die Beseitigung

---

[1]) Seuffert Erl. IV zu § 171, Erl. II zu § 295; Petersen-Anger Erl. II zu § 171; Hellwig, Lehrb. Bd. 2 S. 19.

[2]) z. B. vom RG. in JW. 1907 S. 713 f.

[3]) Hellwig, Lehrb. Bd. 2 S. 339; Seuffert Erl. 1b zu § 56.

[4]) a. a. O.

geschieht insofern in höchst energischer Weise, als „Rückziehung“ eintritt. Für die Genehmigung folgt dies schon aus ihrer Herkunft. Der Begriff wurde im gemeinen Recht entwickelt. Hier aber verband sich mit ihr die genannte Wirkung (vgl. l. 12 § 4 D. 46, 3). Das gemeine Recht aber hat auf die Gestaltung der Zivilprozeßordnung einen sehr erheblichen Einfluß geübt. Ferner wird die Rückziehung durch § 56 Abs. 2 gefordert. Der Prozeßunfähige kann zur Prozeßführung unter dem Vorbehalte der Beseitigung der durch seine Prozeßunfähigkeit hervorgerufenen Mängel der Prozeßhandlungen zugelassen werden. Die Beseitigung geschieht durch Genehmigung. Bliebe die späterhin vom gesetzlichen Vertreter ausgesprochene Genehmigung ohne Rückwirkung, so würde der durch die genannte Vorschrift beabsichtigte Schutz des Prozeßunfähigen vielfach hinfällig werden, z. B. durch Zeitablauf der Anspruch trotz Zulassung während des Prozesses verloren gehen können, während er zur Zeit der Klagerhebung und Zulassung etwa noch bestand. Nach § 295 aber erfolgt der Verlust der Mängelrüge zunächst, „wenn die Partei auf die Befolgung der — verletzten — Vorschrift verzichtet“, das kann nur bedeuten: wenn die Partei darauf verzichtet, daß die Vorschrift befolgt w u r d e, als die durch Nichtbefolgung mangelhafte Handlung vorgenommen wurde. Der Verzicht bezieht sich also notwendig auf den Zeitpunkt der Vornahme der Handlung. Da aber § 295 keinen Unterschied in den Wirkungen des Verzichts von denen der Präklusion erkennen läßt, müssen für diese die Wirkungen auch zeitlich dieselben sein. Der maßgebende Zeitpunkt kann aber nach dem Gesagten hier nur der Augenblick der Übergabe der Klagschrift an die Adresse des Prozeßunfähigen seitens des Zustellungsbeamten sein.

V. Die Bedeutung der Rückbeziehung ist die, daß es nun so anzusehen ist, als sei die fehlerhafte Zustellung von vornherein gültig vorgenommen. Heilung schafft nicht erst die Prozeßhandlung neu und zugleich mit Rückwirkung. Sie lehnt sich vielmehr an sie, die bisher schon unvollkommen entwickelt da war, an und verleiht ihr stärkere Wirkungen. Das Gegenteil würde dem Sinne der „Genehmigung“ zuwider sein, die sich auf etwas schon Vorhandenes beziehen muß, da sie nur die eine andere bestärkende Handlung, nicht selbst — erst wirksame — Vornahme der Hand-

lung bedeutet. Wie ferner der Verzicht Handlungen, die von anderen Vorschriften rechtliches Dasein erhalten, soll schöpfen können, ist nicht einzusehen, und die Rückwirkung des Verzichts läßt sich nur erklären, wenn er auf ein schon Vorhandenes zurückgreift. Daß dies richtig ist, folgt schon daraus, daß eine überhaupt nicht zugestellte Klage, die also wegen Mangels eines Tatbestandsstückes als rechtlich nicht vorhanden gelten muß, auch nicht geheilt werden kann. Deswegen ist der Nachweis, daß überhaupt eine Klage erhoben ist, so wichtig und unumgänglich, und graben diejenigen sich den Boden ab, die Heilung mit einer nichtigen Klage oder Nichtklage in möglicher Verbindung denken.

VI. Daß auch, wenn die Klage erst durch Heilung gültig geworden ist, die mit einer Klagerhebung überhaupt verknüpften prozessualen Wirkungen eintreten, ist eine Folge des einheitlichen Klagbegriffes der Prozeßordnung, die insoweit nicht zwischen von vornherein und nachträglich, aber mit gleicher Datierung erhobener Klage scheidet. Die Rückwirkung erstreckt sich auch auf alle prozessualen (Rechtshängigkeits-Klagerhebungs-)Wirkungen. Auch das bürgerliche Recht knüpft aber an den Akt der Klagerhebung zahlreiche Folgen, die sogen. materiellen Rechtshängigkeits- (Klagerhebungs-)wirkungen, z. B. Unterbrechung der Verjährung, Verzinsungspflicht, Steigerung der Haftung (§§ 209, 291, 292, 813 BGB.) usw.[1]) Ergreift die Heilung auch die materiellen Rechtshängigkeitswirkungen, gilt namentlich auch für sie die Rückdatierung auf den Zeitpunkt des mangelhaften Zustellungsversuches? Das könnte an sich zweifelhaft sein, denn den genannten Wirkungen eignet materielle Natur, und sie unterstehen an sich lediglich dem materiellen Rechte. Sie trennen sich daher begrifflich scharf von den prozessualen Wirkungen der Klagerhebung,[2]) und da auch die Vorschrichten über die Heilung prozessuales Herkommen haben, sind deren Normen nicht ohne weiteres der Übertragung auf das zivilrechtliche Gebiet fähig. Abstrakt gesehen, müßten diese daher für die materiellen Rechtshängigkeitswirkungen be-

---

[1]) s. die Zusammenstellungen in den Kommentaren zu § 267 ZPO.

[2]) So Schmidt S. 415/16; Stein Erl. I zu § 267; Weismann, Lehrb. Bd. 1 S. 354ff.

deutungslos sein. Dem tritt jedoch § 267 Satz 2 ZPO. entgegen, wonach sich auch die materiellen Wirkungen „mit der Erhebung der Klage", d. h., wie schon die Stellung des Paragraphen zeigt, mit der Erhebung der Klage im Sinne der Zivilprozeßordnung verbinden. Die einzige Ausnahme von diesem Prinzip gibt der § 267 Satz 2 selbst, indem er § 207 ZPO. (vgl. noch §§ 498 Satz 2, 496 Abs. 3) unberührt, also einige Rechtshängigkeitswirkungen bereits vor Klagerhebung mit Einreichung der Klagschrift bei Gericht entstehen läßt. Daraus folgt m. E. mit Sicherheit, daß im übrigen die gesamten Normen der Prozeßordnung über die Klagerhebung auch für die materiellen Rechtshängigkeitswirkungen maßgebende Bedeutung haben, namentlich also auch, soweit sie die Frage regeln, wann die Klage als erhoben, die Rechtshängigkeit als eingetreten zu gelten hat. Gerade hierüber verhalten sich auch die die Wirkungen der Heilung einer wegen Nichtbeachtung des § 171 Abs. 1 mangelhaften Klagerhebung bestimmenden Grundsätze; denn sie gehen dahin, daß eine solche Klage bei Heilung trotzdem als mit der Zustellung erhoben gilt. Ihnen ist daher die Anwendung nicht zu versagen, und die Datierung der Rechtshängigkeitswirkungen einer solchen geheilten Klage hat gleichmäßig für die prozessualen und materiellen, auf den Zeitpunkt des mangelhaften Zustellungsversuchs zu erfolgen.[1]) Von da an läuft also — um bei den gewählten Beispielen zu bleiben — die Verzinsungspflicht, die Steigerung der Haftung usw. Dasselbe muß grundsätzlich bezüglich der Unterbrechung der Verjährung gelten. Hiergegen hat man wohl vorgebracht, eine Heilung der Klage nach § 295 ZPO. könne überhaupt nicht mehr erfolgen, wenn die Verjährungsfrist bereits zur Zeit des Rügeverzichts usw. abgelaufen sei.[2]) Für diesen Einwand bietet jedoch § 295 keinerlei Anhalt. Es wäre auch unerklärlich, warum einer Partei der Verzicht auf einen prozessualen Mangel mit Rücksicht auf zivilrechtliche Verhältnisse benommen sein sollte. § 295 regelt seine Voraussetzungen durchaus selbständig, ohne irgendeinen Hinweis

[1]) Wenn das RG. Bd. 45 S. 424 meint, es ergebe sich nichts dafür, daß § 295 ZPO. in das materielle Recht eingreife, so dürfte es die Tragweite des zit. § 267 Abs. 2 verkennen.

[2]) OLG. Stuttgart in WürttJ. Bd. 17 S. 288.

auf das bürgerliche Recht. Zuzugeben ist nur, daß die mit der Heilung verbundene prozessuale Rückbeziehung keine notwendige, von der Rechtslogik in allen Fällen geforderte Konsequenz der Heilung nach der materiellen Richtung ist. Denn die materiellen und prozessualen Klagerhebungswirkungen sind begrifflich durchaus verschieden.[1]) Werden daher die diese betreffenden Vorschriften wie in § 267 Satz 2 ZPO. als anwendbar für jene erklärt, so kann dies doch immer nur in dem Sinne „entsprechender" Anwendbarkeit gemeint sein. Die Gleichstellung beider muß daher dort entfallen, wo sie unannehmbare Ergebnisse zeitigen würde. Daß dieser Fall bei der Rückbeziehung eintreten kann, mag folgendes Beispiel zeigen.

A hat gegen den prozeßunfähigen B eine Forderung, deren Verjährungsfrist am 31. 12. 1912 abläuft. In Unkenntnis der Prozeßunfähigkeit des B läßt er die Klage diesem selbst zustellen, und zwar am 20. 12. 1912. In dem am 10. 1. 1913 anstehenden Termine beschränkt der gesetzliche Vertreter, der von dem Prozeßmangel keine Ahnung hat, sein Vorbringen auf die einredeweise Geltendmachung der Verjährung.[2]) Wendet man das bisher Gesagte hierauf an, so ist der Klagmangel durch seine Nichtgeltendmachung im Prozeß als geheilt und folgeweise die Klage am 20. 12. 1912 erhoben, und weiter wäre die Verjährung durch diese rechtzeitige Klagerhebung unterbrochen. Das bedeutete Verlust der Einrede durch ihre Geltendmachung! Vielleicht läßt sich aber dieses Ergebnis auch auf anderem Wege als durch den Hinweis darauf, daß die Anwendung der prozessualen Vorschriften über die Rückbeziehung auf materielle Rechtsfragen nur eine entsprechende ist, vermeiden: die Möglichkeit, dem bisherigen Verfahren Gültigkeit mit Rückwirkung zu verleihen, ist der beklagten Partei zu freiem Belieben in die Hand gegeben. Sie kann die Heilung herbeiführen oder verhindern. Sie hat die freie Disposition über das Verfahren nach beiden Grenzen: Gültigkeit und Ungültigkeit. Dann steht aber auch nichts im Wege, ihr zu gestatten, daß sie eine beschränkte Heilung eintreten lasse, indem sie z. B. ihren Ver-

[1]) s. oben S. 27 Anm. 2.

[2]) Dieser Fall liegt scheinbar den zit. Entscheidungen des OLG. Stuttgart und RG. Bd. 14 S. 341 zugrunde.

zicht allein mit Beziehung auf die prozessualen Wirkungen ausspricht. Die Möglichkeit solcher Beschränkung wird durch die Scheidung zwischen prozessualen und materiellen Rechtshängigkeitswirkungen gewährt.[1]) Und ein solcher inhaltlich begrenzter Verzicht kann schon in den Gesamtumständen, unter denen sich die heilende Handlung vollzog, gefunden werden, ohne daß die Partei dies ausdrücklich betont, und in Fällen, wie dem obigen, erscheint eine solche Auslegung begründet. Um eine inhaltliche Beschränkung des Verzichts anzunehmen, wird es freilich immer besonderer Anhaltspunkte aus dem heilenden Verhalten selbst heraus bedürfen. Eine nach dem gemäß § 295 ZPO. maßgebenden Termine oder nach Erklärung der Genehmigung etwa geschehende Beschränkung würde nur einen unbeachtlichen teilweisen Widerruf enthalten.

Daraus dürfte zu schließen sein, daß die Rückbeziehung grundsätzlich auch für die Frage nach dem Zeitpunkt der Unterbrechung der Verjährung gilt.

VII. Die Frage nach Heilung und Rückbeziehung darf nicht mit anderen Fragen verquickt werden. In dem Vorigen ist immer vorausgesetzt, daß nur ein wegen Verletzung des § 171 Abs. 1 ZPO. entstandener Klagerhebungsmangel vorliegt. Ist dagegen ein weiterer Mangel von vornherein vorhanden oder später hinzugetreten, so ist für diesen einzeln und in Verbindung mit dem Zustellungsmangel die Heilungsmöglichkeit zu prüfen. Dies gilt insbesondere, wenn die zur Zeit der mangelhaften Zustellung noch laufende Notfrist zur Erhebung der Klage, z. B. in den Fällen der §§ 958 u. 1044 ZPO., zur Zeit der sonst zur Heilung geeigneten Handlung bereits abgelaufen war.[2]) In solchen Fällen ist das Problem nicht darin zu suchen, ob etwa die mit der Heilung verbundene Rückbeziehung auch für Notfristen wirkt, die Frage ist vielmehr dahin zu stellen: Kann überhaupt Heilung erfolgen? Und diese Frage ist an der Hand der besonderen die Notfrist betreffenden Vorschriften zu beantworten. Sie fällt daher auch nicht in den Rahmen der hier anzustellenden Erörterungen.

---

[1]) Daß ein inhaltlich beschränkter Verzicht möglich ist, nimmt auch ein Urteil des LG. Limburg in BuschsZ. Bd. 23 S. 326 an; zust. Fuchs daselbst S. 335.

[2]) Daß es auf den Ablauf materieller Fristen nicht ankommt, vgl. oben S. 28/29.

§ 5.

Ergänzung.

I. Begriff.

Anders als die Heilung ist die sogen. Ergänzung mangelhafter Klagerhebung in ihren Voraussetzungen und Wirkungen geartet. Sie ist schon ihrem Namen nach begrifflich die Nachholung eines fehlenden Stückes des Klagerhebungsaktes. Ersatz eines solchen Stückes durch ein anderes ist dabei begrifflich nicht ausgeschlossen, doch nur, soweit es das Gesetz gestattet, auch zulässig. Die Ergänzung kann sowohl vor als in und nach der mündlichen Verhandlung erfolgen.

II. Ergänzung vor der mündlichen Verhandlung.

Es wäre für den Kläger mißlich, wenn er den Zustellungsfehler vor der mündlichen Verhandlung nicht gutmachen könnte, sondern bis zur mündlichen Verhandlung untätig bleiben und abwarten müßte, ob etwa der gesetzliche Vertreter der prozeßunfähigen Partei sich dazu entschlösse, durch sein Verhalten den Mangel zu heilen. Das geltende Recht drängt dies aber dem Kläger auch nicht auf, vielmehr kann er auch ohne Mitwirkung des Beklagten den Prozeß zu voller Gültigkeit bringen.

1. Unbestritten wird dem Kläger die Befugnis zuerkannt, den Klagzustellungsfehler dadurch zu beseitigen, daß er dem Beklagten unter der Adresse seines gesetzlichen Vertreters den Klageschriftsatz zustellen läßt. Einer nochmaligen Einreichung bei Gericht bedarf es nicht, wie sich folgerichtig für alle diejenigen ergibt, die gleich uns annehmen, daß eine Klage schon erhoben ist; denn dann ist sie auch bereits zugelassen und Termin auf sie bestimmt.[1])

Das neu zugestellte Schriftstück muß inhaltlich allen an eine Klage zu stellenden Anforderungen genügen. Es darf nicht

[1]) So auch OLG. Stuttgart in WürttZ. Bd. 7 S. 297/98. Dagegen würde es einer neuen Einreichung und Terminsbestimmung bedürfen, wenn die bisher erhobene Klage rechtlich unbeachtlich wäre.

weniger enthalten, bloß eine neue Ladung würde z. B. nicht genügen, da ja der Klagerhebungsakt überhaupt mangelhaft, also auch in vollem Umfange zu wiederholen ist. Anderseits muß das Schriftstück den Inhalt des zuerst zugestellten haben. Die Ergänzung des Mangels würde nicht eintreten, wenn das neuzugestellte Schriftstück von der früheren Klage in wesentlichen Punkten abwiche; dann wird es vielmehr unter Umständen nur die Ankündigung einer Klagänderung im Termine enthalten, und im Termine müßte dann zunächst der Klagerhebungsmangel behoben werden, bevor die Klagänderung erfolgen könnte. Umgekehrt liegt nicht immer infolge der doppelten Zustellung eine zweifache Klage vor, nämlich eine mangelhafte, die durch eine mangellose abgeändert wird. Von Klagänderung kann nur bei wesentlicher Inhaltsänderung gesprochen werden. Das ist aber nicht der Fall mangels einer Änderung in der Person der Prozeßbeteiligten, in Grund und Antrag der Klage.[1]) Aber die alte Klage ist nicht etwa neu zum zweiten Male erhoben, denn es fehlt ja an der für eine solche notwendige in einer neuen Terminsbestimmung liegenden Klagzulassung; dadurch ist außer Zweifel gestellt, daß der neuzugestellte Schriftsatz sich auf die früher erhobene Klage bezieht und ebenso unbedenklich ist wie die Zustellung eines materielle Ergänzungen tatsächlicher Art enthaltenden Schriftstückes.[2])

Ist es dem Kläger nicht möglich, mit der Neuzustellung die Einlassungsfrist noch zu wahren (§ 262 ZPO.), so macht dies nicht schon die ergänzende Zustellung unwirksam, sondern bewirkt nur eine Vertagung der Verhandlung auf Verlangen des erschienenen gesetzlichen Vertreters oder Zurückweisung des klägerischen Antrags auf Versäumnisurteil (§§ 262, 335 Nr. 2 u. 3).[3]) Denn es handelt sich dann nur noch um Nichteinhaltung der Ladungsfrist durch ordnungsmäßige Klage.

2. Würde übrigens eine solche verbesserte Zustellung auch von Amts wegen ohne vorherige Einholung der Zustimmung

---

[1]) KG. in OLGRspr. Bd. 5 S. 25; RG. in JW. 1899 S. 826 Nr. 3.

[2]) Im Ergebnis ebenso RG. a. a. O. und in BayZ. 5. Jahrg. S. 23.

[3]) Hellwig im Recht 1905 S. 301 gegen Struckmann-Koch Erl. 8 zu § 253, Erl. 2 zu § 262 und Skonietzki-Gelpcke Erl. 4 Ba zu § 253.

des Klägers erfolgen können? Wilmowski-Levy[1]) sagen, die Zustellung an den gesetzlichen Vertreter sei dadurch bedingt, daß aus der Adresse — und gleichstellen würden sie wohl den Inhalt der sonstigen Erklärungen — Prozeßunfähigkeit und gesetzlicher Vertreter hervorgingen. Das mag in den Fällen des Parteibetriebes richtig sein. Denn hier hat allein die Partei die Art und Weise der Zustellung zu bestimmen. Anders ist das jedoch unter Umständen, wenn gerichtliche Organe mit der Zustellung und Ladung wie im amtsgerichtlichen Verfahren befaßt sind. Das sind Richter und Gerichtsschreiber, von denen letzterer die Zustellungen und Ladungen auszuführen, ersterer sie zu überwachen hat.[2]) Erfahren diese, nachdem die erste Zustellung stattgefunden hat, den Mangel, so haben sie für eine Neuzustellung Sorge zu tragen. Ihre Kenntnis, die besser ist als die des Klägers, haben sie zu verwerten. Zwar ist es auch hier in erster Linie dessen Sache, die erforderlichen Grundlagen für die Zustellung an die richtige Person beizubringen.[3]) Dadurch aber wird das Gericht, dessen Tätigkeit auch hier einen Akt der Gerichtsbarkeit, keine bloße mechanische Botentätigkeit darstellt,[4]) nicht von der eigenen Verantwortlichkeit und Prüfung frei. Das folgt schon aus der Tendenz des amtsgerichtlichen Verfahrens, der unkundigen Partei zu Hilfe zu kommen. Dazu hat das Gericht sein amtliches Wissen in ihren Dienst zu stellen. Andernfalls würden die Parteien durch das Amtsgericht zwar von der Zustellung ausgeschlossen, und sie könnten daher nicht deren Fehler bemerken und beseitigen, an ihre Stelle träte aber nicht die wachende Tätigkeit des Gerichts. Das widerspräche jedoch nicht nur Sinn und Willen des gesamten Amtsgerichtsprozesses, sondern auch dem § 56 ZPO., wonach das Gericht, „um Nullitäten des Verfahrens zu verhüten“,[5]) den Mangel der Prozeß-

---

[1]) Erl. 3 zu § 157 (jetzt § 171 ZPO.).

[2]) Samter Bem. 3b zu § 496, 3 zu § 497 ZPO.

[3]) Stein Erl. IV zu § 171.

[4]) Hellwig, Lehrb. Bd. 2 S. 106, 362; Hergenhahn in Gruchots Beitr. Bd. 39 S. 132; LG. Nürnberg in BuschsZ. Bd. 14 S. 488; LG. Potsdam in BuschsZ. Bd. 8 S. 515 ff.; OLG. Frankfurt in Frankf. Rundschau Bd. 33 S. 37 ff., speziell für unsern Fall.

[5]) Birkmeyer in BuschsZ. Bd. 7 S. 176.

fähigkeit von Amts wegen zu berücksichtigen hat. Um ganz sicher zu gehen, mag es in solchen Fällen angebracht sein, den Kläger von der Wiederholung der Zustellung in Kenntnis zu setzen. Denn auf jeden Fall hat der Kläger die Kosten der Neuzustellung zu tragen. Es war Sache des Klägers, sich zu erkundigen, ob er es mit einer prozeßfähigen Partei zu tun hatte. Wenn er es unterließ, ist durch sein unzweckmäßiges Verhalten die zweite Zustellung verschuldet, die Mehrkosten der neuen Zustellung waren daher nicht notwendig und sind nicht erstattungsfähig (vgl. § 91 ZPO.).[1])

3. Ohne Neuzustellung ist aber auch Ergänzung — anders wie die Heilung — durch Genehmigung vor mündlicher Verhandlung nicht möglich. Gelangt wirklich die an die Adresse des Prozeßunfähigen gerichtete Klagschrift nebst Ladung in die Hände des gesetzlichen Vertreters, so ist dies für die Frage nach der Gültigkeit der Klagerhebung gleichgültig. Einerseits braucht der Prozeßunfähige sie ihm nicht zukommen zu lassen, und geschieht es doch, so ist der gesetzliche Vertreter nicht zum Erscheinen in der mündlichen Verhandlung verpflichtet bezw. kann bei seinem Ausbleiben kein Versäumnisurteil erlassen werden (vgl. § 335 Nr. 1 ZPO.). Mag dies Ergebnis unbillig erscheinen, so entspricht es doch zweifellos der lex lata, die in § 187 ZPO. einen deutlichen Ausdruck gefunden hat. Denn diese Vorschrift läßt nur bei Verletzung von Normen über die Ersatzzustellung einer Ladung unter der Voraussetzung, daß sich aus den Erklärungen der Partei ergibt, daß sie die Ladung empfangen hat, Gültigkeit der Zustellung eintreten.

Ebensowenig kommt dem bloßen Erscheinen des gesetzlichen Vertreters im Termine, abgesehen von etwaigem Verhandeln, die Bedeutung einer den Klagzustellungsmangel beseitigenden Tatsache bei. Hierin immer einen stillschweigenden Verzicht auf den Zustellungsmangel zu erblicken, wäre eine Fiktion, weil in vielen Fällen der Vertreter gerade zu dem Zwecke erscheint, den Mangel geltend zu machen, seine ausdrücklichen Erklärungen also mit der versuchten Auslegung seines Erscheinens in beachtlichen Wider-

---

[1]) vgl. RG. Bd. 32 S. 387.

spruch treten würden. Unter Umständen wird freilich in anderen Fällen sein weiteres Verhalten und immer die Nichtrüge zu dem Resultate führen, der Mangel sei beseitigt, jedoch erst am Schlusse der mündlichen Verhandlung mit ihm, nicht schon bei seinem Auftreten (arg. § 295 ZPO.).

III. Ergänzung in der mündlichen Verhandlung.

Erscheint der gesetzliche Vertreter und verhandelt er, so bietet sich in der mündlichen Verhandlung dem Kläger ein Weg, den Mangel zu beseitigen, nämlich gemäß § 281 ZPO. durch mündlichen Vortrag. Der Vortrag muß einen Antrag und den Klagegrund enthalten, die Klage muß also durch den Vortrag individualisiert bezw. substantiiert werden. Der Antrag muß im landgerichtlichen Verfahren verlesen werden (§ 297), während im Verfahren vor den Amtsgerichten mündliche Antragstellung genügt (§ 507). Stellung des Antrages allein aber genügt keinesfalls, wie sie auch bei schriftlicher Klagerhebung nicht ausreichen würde, da der Zustellungsmangel den gesamten Klaginhalt ergreift.[1])

Anderseits wird aber wohl die Bezugnahme auf die Schriftsätze genügen, im amtsgerichtlichen Verfahren unter den Voraussetzungen der §§ 297, 502 ZPO.

I. Nun ist freilich das Anwendungsgebiet des § 281 ein sehr viel beschränkteres, als daß er auf unseren Tatbestand unmittelbar paßt. Fitting bestreitet daher die Heranziehbarkeit des § 281, indem er ausführt, daß dann die Parteien kraft Übereinkunft auch im Anwaltsprozeß ebenso wie nach § 461 ZPO. a. F. (jetzt § 500) ohne jede schriftliche Klagerhebung zur Verhandlung des Rechtsstreits vor Gericht erscheinen könnten, das aber sicher dem Gesetze widerstreiten dürfte.[2]) Auch Schwalbach[3]) beschränkt

---

[1]) So Hellwig, Lehrb. Bd. 3,1 S. 51; Seuffert Erl. 2 zu § 281; Weismann, Lehrb. Bd. 1 S. 390; KG. in OLGRspr. Bd. 5 S. 25; and. M Stein Erl. II zu § 281.

[2]) BuschsZ. Bd. 11 S. 13; ihm folgend OLG. Kassel in SeuffArch. Bd. 48 S. 55.

[3]) ArchZivPrax. Bd. 64 S. 275.

unter Hinweis auf § 461 ZPO. die Möglichkeit mündlichen Vortrags der Klage auf das amtsgerichtliche Verfahren, da er, ebenso wie Nessel[1]) die Rechtshängigkeit leugnend, den § 281 nur bei schwebender Rechtshängigkeit geben will. Beide Einwendungen treffen jedoch nur diejenigen, die annehmen, es sei bei Zustellung an den Prozeßunfähigen überhaupt keine Klage erhoben. Wenn keine Klage erhoben ist,[2]) kann folgeweise kein Rechtsstreit entstanden sein, und die Zustimmung des Beklagten kann nicht beides aus dem Nichts erstehen lassen.[3]) Fehlen sie, so ist auch der auf die ursprünglich zugestellte Klage gesetzte Termin keine wirksame Terminsbestimmung, da es ja an der Klage fehlte, auf die sie sich bezog, und Fittings weitere Folgerung wäre zutreffend, daß die Parteien ohne jede schriftliche Klagerhebung im Termin erscheinen. Hier aber im Landgerichtsprozesse eine nicht schriftlich zugelassene Klage entgegenzunehmen, wäre das Gericht in keinem Falle befugt, und der Schluß aus dem Gegenteil von § 461 ZPO. a. F. wäre unumgänglich.[4]) Auf die hier vorgetragene Ansicht aber trifft dies alles nicht zu. Ein Prozeß, in dessen Rahmen der mündliche Vortrag sich abspielt, liegt vor, da eine Klage erhoben ist. Um freilich über die erhobene Klage durch Sachurteil entscheiden zu können, bedarf es der Beseitigung des vorhandenen Mangels. Die herrschende Meinung geht mit Recht davon aus, daß dieser Mangel ein gemäß § 295 verzichtbarer und durch die Zustimmung des Beklagten in die mündliche Klagerhebung zu beseitigen ist.[5])

Hierbei bleibt sie aber auch stehen.[6]) Die herrschende Meinung hat mit Recht Widerspruch erfahren.

---

[1]) GruchotsBeitr. Bd. 30 S. 179.

[2]) Hellmann in BuschsZ. Bd. 27 S. 262; Just im ArchZivPrax. Bd. 68 S. 325; Pfizer in GruchotsBeitr. Bd. 31 S. 15; BuschsZ. Bd. 13 S. 164.

[3]) So mit Recht Schwalbach a. a. O.

[4]) Ein weiterer nicht unwesentlicher praktischer Fehler der Lehre von Hellmann, Just und Pfizer.

[5]) Hierfür gelten die Ausführungen, die oben bei der Frage nach der Möglichkeit der Heilung gemacht sind.

[6]) z. B. Stein Erl. II zu § 281; Seuffert Erl. I zu § 281; Skonietzki-Gelpcke Erl. 2 zu § 281; Hellmann, Lehrb. S. 420; Planck Bd. 2 S. 126; RG. Bd. 49 S. 376 ff.; OLG. Marienwerder in SeuffArch. Bd. 51 S. 374.

Kohler[1]) meint, mündlicher Vortrag in Gegenwart des Beklagten sei ein volles Äquivalent für die schriftliche Klagerhebung unter der Voraussetzung, daß der Kläger damit den Antrag auf neuen Termin verbinde. Diese mündliche Klage nicht zuzulassen, sei formalistisch und unrichtig. Die Begründung, die Kohler einem an sich billigenswerten Resultate angedeihen läßt, dürfte jedoch angesichts des § 500 ZPO. nicht als ausreichend anzuerkennen sein. Einen anderen und, wie ich meine, gangbaren Weg, es zu erreichen, schlägt Hellwig vor.[2]) Er läuft darauf hinaus, daß das Gericht die mündliche Klagerhebung im Hinblick auf § 264 ZPO. zulasse; denn wenn § 264 die Anhängigmachung einer völlig neuen Klage gestatte, um wieviel mehr (argumentum a maiore ad minus) die bloße Verbesserung einer Klage, sei es in inhaltlicher oder, was hier in Betracht kommt, in formaler Beziehung. Läßt der § 264 eine Ausdehnung, wie Hellwig sie will, zu?

Abhängig wird die Beantwortung der Frage davon sein, ob hier ein dem § 264 vergleichbarer (argumentum a maiore ad minus) Tatbestand vorliegt. Der in § 264 geregelte Tatbestand ist der, daß von dem Kläger eine Klagänderung versucht wird, d. h. daß er eine Änderung der bisherigen Klage hinsichtlich des Klaggrundes im Laufe des Prozesses vornehmen will. Hierdurch wird der eingeklagte Anspruch derart in seiner Identität geändert, daß er als völlig neuer und das Verfahren nur noch äußerlich „formell“ als das gleiche erscheint.[3])

Dies ist aber das für die Annahme einer Klagänderung Wesentliche: die Erhebung eines neuen Anspruchs. Um nun überhaupt von Geltendmachung eines „neuen“ Anspruchs reden zu können, ist es natürlich erforderlich, daß ein alter Anspruch rechtlich vorhanden ist. Dies ist der gewöhnliche Fall der Klagänderung. Der unsere läßt sich mit ihm vergleichen.

Auch hier ist eine Klage vorhanden, denn auch eine nicht ordnungsmäßig erhobene Klage ist im Sinne der Prozeßordnung eine Klage, wie oben eingehend nachgewiesen worden ist.

---

[1]) Prozeß als Rechtsverhältnis S. 35 unten.

[2]) Recht 1905 S. 300; Lehrb. Bd. 2 S. 20.

[3]) Weismann, Lehrb. Bd. 1 S. 390.

Damit ist den Einwänden Nußbaums[1]) der Boden entzogen. Wenn er, um die Unanwendbarkeit des § 264 ZPO. darzutun, hervorhebt, es werde eine bereits anhängige Klage vorausgesetzt, so hat er recht; eine solche liegt aber auch vor. Ebenso ist ihm beizustimmen, wenn er fortfährt, eine rechtlich nicht vorhandene Klage könne nicht geändert werden. Die Ausführungen von Nußbaum beweisen nur die Notwendigkeit der Auseinandersetzung über die Frage nach dem Bestehen einer Klage, der Rechtshängigkeit. Die Beantwortung beider ist präjudiziell für die Annahme oder Ablehnung der angegebenen Analogie. Freilich mehr als eine solche ist sie nicht, und darum entbehren die Schlüsse der unbedingt zwingenden Natur.[2])

Es soll nicht behauptet werden, daß der Ersatz einer mangelhaften durch eine gültige Klage eine Klagänderung in der engsten Begrenzung dieses Begriffes sei. Wohl aber kann der angegebene Rechtsvorgang mit dem letzteren deswegen verglichen werden, weil es sich in beiden Fällen um den Ersatz einer Klage handelt, dort um den Ersatz einer vollgültigen, hier um den einer mangelhaften.[3]) Darin aber liegt auch das argumentum ad minus; denn: vergleicht man die beiden „alten" Klagen, so leuchtet ein: um wieviel leichter muß die Ergänzung einer nicht voll wirksamen Klage sein als die Verdrängung einer vollgültigen? Und was die neuen Klagen betrifft: weit bedeutsamer und weittragender als die bloße Nachholung eines Formale: der Zustellung ist es doch, wenn das einer Klage zugrunde gelegte Rechtsverhältnis, der materielle Anspruch geändert wird.[4])

---

[1]) S. 87, 88.

[2]) Auch Seuffert Erl. 5b zu § 253 und Stein Erl. IV zu § 253 haben den Vorschlag Hellwigs abgelehnt, ersterer mit dem Bemerken, daß eine solche Nachholung allerdings eine wesentliche Verbesserung des geltenden Rechts darstellen würde.

[3]) Auch das KG. in OLGRspr. Bd. 5 S. 25 sagt nur, unser Vorgang sei eine Klagänderung, ohne die Möglichkeit des Vergleiches zu erwähnen, also sie abzulehnen. Die Berufung von Stein a. a. O. auf das Kammergericht geht daher fehl.

[4]) Stein, der hier das argumentum a potiori abweist, macht selbst einen ähnlichen Schluß in einer nicht weitab liegenden Richtung. Er meint (Erl. IV zu § 253): nachträgliches, mündliches Vorbringen wesentlicher Bestandteile der Klage sogar noch in zweiter Instanz mit Einwilligung des Beklagten sei zulässig. Dann müsse erst recht der Verzicht des § 295 ZPO. auf bloße Mängel einer Klage stattfinden können.

Übrigens kann man sogar sagen, daß die Erhebung der Klage in mündlicher Verhandlung eine Veränderung der früheren Behauptungen enthalte: während nämlich vorher ausdrücklich oder stillschweigend die Volljährigkeit, Geistesgesundheit usw. behauptet worden war, stellt sich dann der Kläger auf einen anderen Standpunkt. Immerhin ist das nur eine unerhebliche Berichtigung früherer Tatsachenanführungen (§ 268 Nr. 1 ZPO.).[1]

Greift die Analogie durch, dann ist das Gericht in der Lage, die mündlich vorgetragene Klage ohne und gegen den Willen des Beklagten zuzulassen, wenn die Zulassung die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert. Das wird kaum jemals der Fall sein, da ja der gesetzliche Vertreter des Beklagten vor dem Termine Kenntnis von den materiellen Ansprüchen des Klägers erhalten hat, wie aus seinem Erscheinen in der Verhandlung hervorgeht, und sich folgeweise auf dessen Vorbringen genügend vorbereiten konnte — und eine Erschwerung seiner Verteidigung nicht schon deswegen anzunehmen ist, weil ohne die Zulassung die nicht ergänzte Klage abgewiesen werden müßte.[2] Eine Vertagung von Amts wegen aber würde auch in dieser Hinsicht alle Bedenken beseitigen.[3]

Die Zulassung der verbesserten Klage braucht nicht durch Zwischenurteil ausgesprochen zu werden, sie kann vielmehr auch in den Gründen des zur Sache selbst entscheidenden Endurteils erfolgen.

Findet § 264 ZPO. entsprechende Anwendung, so treten auch der weiteren Anwendung der Vorschriften über die Klagänderung, vornehmlich auch des § 269 ZPO. grundsätzliche Hindernisse nicht entgegen. Dann ist also die Einwilligung des Beklagten in die Verbesserung der mangelhaften Klage schon immer dann anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne der Änderung zu widersprechen, sich auf die verbesserte Klage eingelassen hat. Diese Präklusion unterscheidet sich von der des § 295 in ihren Voraussetzungen dadurch, daß die des § 295 erst mit Schluß der maßgebenden mündlichen Verhandlung, jene aber schon dann eintritt,

---

[1] RG. in JW. 1899 S. 826 Nr. 3.

[2] Stein Erl. II, 2 zu § 264.

[3] Hellwig a. a. O.

wenn der Beklagte sogleich nach mündlichem Vortrage der Klage die Rügung unterläßt und über die Klage, wenn auch nur andere prozessuale Punkte wie die Zustellung vorbehaltlos verhandelt.

II. Erscheint der gesetzliche Vertreter des Prozeßunfähigen nicht in dem Termine, so fragt es sich, ob der erschienene Kläger auch dann der Klage durch mündlichen Vortrag Geltung verschaffen kann. Diejenigen Prozeßhandlungen, die in mündlicher Verhandlung vorzunehmen und somit Teile dieser selbst sind, richten sich an das Gericht und die Gegenpartei. Deren Anwesenheit sollte daher im allgemeinen Voraussetzung für prozessualisch wirksames Verhandeln letzterer gegenüber sein. So war es lange — bis 1654 — im gemeinen Prozeß. Für das heutige Recht aber ist es genauer, zu sagen, daß Voraussetzung nur die der anderen Partei gewährte Möglichkeit bildet, anwesend zu sein und den Vortrag der Gegnerin zum Zwecke der Verteidigung entgegenzunehmen. Unter welchen Umständen das Gesetz diese Möglichkeit für gegeben erachtet, spricht es für das auf Versäumnisurteil unmittelbar hinzielende Verfahren als den wichtigsten Fall der Säumnis aus. In unserem Zusammenhange fehlt es an einer ausdrücklichen Regelung.

Da aber auch hier Prozeßhandlungen in mündlicher Verhandlung vorzunehmen sind und den Gegner somit angehen, so sind die bei der Lehre über das Versäumnisurteil sich findenden Vorschriften, denen exzeptionelle Natur beizulegen kein Anlaß ist, als die allgemeinen Grundanschauungen des Gesetzes wiedergebend entsprechend anwendbar.[1]) Dann bedürfte es also insbesondere auch des vom Kläger zu führenden Nachweises ordnungsmäßiger Ladung des Beklagten,[2]) § 335 Nr. 2 entsprechend. Da dieser

[1]) Eine Operation, die vielfach ohne Widerspruch vorgenommen wird, s. z. B. Struckmann-Koch letzte Erl. zu § 281; Deybeck sagt in BuschsZ. Bd. 13 S. 325 in bezug auf die Frage nach der Zulässigkeit der Erhebung der Widerklage in Abwesenheit des Beklagten (einem anderen Fall des § 281): „Für den Beklagten muß . . . prozessuale Gebundenheit bestehen, daß er entweder genötigt ist, zu verhandeln oder beim Ausbleiben des Gegners sich dessen begründeten Anträgen zu unterwerfen;" er will also offenbar die Vorschriften der §§ 330 ff. ZPO. unmittelbar anwenden; ähnlich Seuffert Erl. 4a zu § 330 ZPO.

[2]) Stein Erl. II zu § 281.

Nachweis in den hier behandelten Fällen wegen ungültiger Zustellung der Ladung nicht zu erbringen ist, kann somit eine Nachholung des Mangels durch mündlichen Vortrag beim Ausbleiben des gesetzlichen Vertreters des Prozeßunfähigen nicht erfolgen, und gleich steht dem, daß der gesetzliche Vertreter zwar erscheint, aber nicht verhandelt (§ 333 ZPO.).

III. Für das amtsgerichtliche Verfahren kommt bezüglich der Ergänzung weiter der § 500 ZPO. in Betracht. Seine Anwendbarkeit setzt aber zunächst freiwilliges Erscheinen des Beklagten voraus. Braucht der gesetzliche Vertreter nun bei einer nach § 171 Abs. 1 ZPO. mangelhaften Zustellung nicht notwendig zu erscheinen, so erscheint er doch auch nicht freiwillig, da er befürchten muß, das Gericht könnte den Mangel übersehen und Versäumnisurteil gegen den Beklagten erlassen. Ferner aber gewährt § 500 ZPO. eine Form, um eine neue Klage in einem ganz neuen Verfahren zu erheben. Mit § 281 hat § 500 nur gemein, daß die Rechtshängigkeit sich an die mündliche Klagerhebung knüpft. Er unterscheidet sich jedoch wesentlich von § 281, der die Erhebung von Klagen „im Laufe des Prozesses" im Auge hat.[1]) § 500 gewinnt also in unserem Zusammenhange keine Bedeutung, denn er kann niemals die Grundlage zur Beseitigung des Klagzustellungsmangels bieten, sondern der Kläger würde, falls der gesetzliche Vertreter des Beklagten dem beistimmt, nur einen zweiten Rechtsstreit neben dem bisherigen anhängig machen. Das würde dem Kläger nicht viel nützen. Denn da der bisherige Prozeß durch die neue Klaganstellung nicht berührt wird, müßte die Klage abgewiesen werden, wenn sie nicht sonst irgendwie zur Gültigkeit gebracht wird, der zweiten Klage gegenüber aber würde die Einrede der Rechtshängigkeit mit Erfolg geltend gemacht werden können; sie würde damit dem Schicksal der ersten verfallen.

IV. Ergänzung nach mündlicher Verhandlung.

I. Ist die Sache nicht in dem ersten Termin erledigt worden, so vermag der Kläger auch jetzt noch eine Ergänzung des mangel-

[1]) Petersen-Anger Erl. I zu § 281 scheinen § 500 für einen Unterfall von § 281 zu halten. Dies ist unrichtig.

haften Klagerhebungsaktes vorzunehmen. Zur Ergänzung nach einem Termine zur mündlichen Verhandlung kann es namentlich kommen, wenn der gesetzliche Vertreter im Termine ausgeblieben ist, also weder der Vortrag des Klägers den Mangel ergänzen noch Präklusion der Rüge eintreten konnte, oder zweitens: wenn der Vortrag des Klägers den inhaltlich an ihn zu stellenden Anforderungen nicht entsprach, ein klagabweisendes Urteil aber aus irgendwelchen Gründen nicht ergangen ist. Hat der gesetzliche Vertreter den Mangel in der mündlichen Verhandlung bereits gerügt, so schließt dies nicht die Nachholung aus, denn wie die Rüge nicht — etwa entsprechend der Anfechtung im bürgerlichen Rechte — den Mangel erst hervorruft, das Verfahren vielmehr von vornherein mängelbehaftet ist, so vermag sie auch nicht den Mangel zu perpetuieren.[1]) Sie ist auf die rechtliche Struktur des Verfahrens, wenn sie erfolgt (anders, wenn sie unterlassen wird, §§ 295, 269) bedeutungslos. Mag sie tatsächlich den Anstoß zur Prüfung der Zustellung und Aufdeckung des Mangels geben. Das ist weiter aus folgendem zu schließen: Das den Prozeß beendende Urteil ergeht, wenigstens was prozessuale Fragen betrifft, auf Grundlage der Gestaltung des Verfahrens, wie sie nach der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Urteil vorliegt. Wenn also in dieser der Mangel beseitigt ist, kann kein prozeßabweisendes Urteil ergehen, und es ist für die Entscheidung zur Sache — ob auch wegen der Kosten s. §§ 91, 95 ZPO. — unerheblich, ob der Mangel in einem früheren Prozeßstadium vorhanden war und ob die Mängelbeseitigung zurückwirkt.

II. Das Mittel zur Nachholung ist jetzt wieder die Neuzustellung der Klagschrift an den gesetzlichen Vertreter. Von ihr gilt, namentlich auch in bezug auf ihren Inhalt, was oben[2]) von der Wiederholung der Zustellung vor mündlicher Verhandlung gesagt worden ist, entsprechend. Also muß die dem gesetzlichen Vertreter zugestellte Klage ein getreues Abbild der erstzugestellten sein. Doch bedarf es hier nicht der Aufnahme des ursprünglichen

---

[1]) RG. im Recht 1909 S. 103; anders Skonietzki-Gelpcke 4Ba zu § 253 ohne Grundangabe.

[2]) S. 31/32.

Termins in sie, denn einmal ist er überhaupt nicht Bestandteil der Klagschrift[1]) als solcher, zudem würde seine Beifügung jeden ersichtlichen Zweckes ermangeln. Würde sich aber dieser Termin allein mit der Aufforderung zum Erscheinen verbinden, so würde die Klagerhebung noch nicht ordnungsmäßig werden. Denn die Ladung würde sich dann auf einen vergangenen Termin beziehen, also widersinnig und unbeachtlich sein.[2]) Aber diese Verbindung wäre unschädlich, wenn die alte Terminsbestimmung neben einem zukünftigen Termine stehen würde.[3]) Denn eine ordnungsmäßige Ladung ist immer schon dann vorhanden, wenn sich die Aufforderung zum Erscheinen überhaupt auf einen künftigen bestimmten Termin deutlich bezieht.

War in der vorangehenden Verhandlung sogleich ein neuer Termin bestimmt worden, so enthält das Terminsprotokoll auch diesen. Auch hier muß dem Beklagten kenntlich werden, daß es sich um einen richterlich festgesetzten Verhandlungstag handelt. Das kann dadurch geschehen, daß die Terminsbestimmung von dem Protokoll auf das zuzustellende Schriftstück übertragen und beglaubigt wird. Rückt der Vorsitzende den Termin auf dem eingereichten Schriftstück ein, so ist dies keine eigentliche Terminsbestimmung, da die Klage bereits zugelassen und Termin anberaumt ist, sondern nur eine Beglaubigung des festgesetzten Termins. Deshalb wird sie auch der Rechtsanwalt,[4]) Gerichtsschreiber oder Gerichtsvollzieher vornehmen können (§§ 170, 210 ZPO.). Am besten aber geschieht die Bezugnahme auf den neuen Termin dadurch, daß das Terminsprotokoll in beglaubigter Abschrift der Klage oder Klage und Ladung (§§ 214, 496—498) beigefügt wird. Dies ist unbedenklich, weil die Terminsbestimmung nicht in der Klagschrift selbst enthalten zu sein braucht, sondern nur eine deutliche Bezugnahme von der Ladungsaufforderung auf den Termin erforderlich ist. Wie sie geschieht, ist gleichgültig, ob durch körperliche Verbindung beider Schriftstücke oder Verweisung von dem einen auf das andere. Ja auch die bloß ge-

---

[1]) vgl. RG. Bd. 21 S. 405.

[2]) RG. in JW. 1901 S. 750, Bd. 44 S. 353 Anm. 2.

[3]) OLG. Stuttgart in WürttJ. Bd. 7 S. 302.

[4]) So die zuletzt zit. Entscheidung.

meinschaftliche Zustellung wird genügen, ohne daß es auf die Aufnahme einer oder zweier Zustellungsurkunden ankommt.[1]) Einzelumstände aber können in allen Fällen ein anderes Resultat rechtfertigen und bedürfen daher der Berücksichtigung.

Steht dagegen bisher kein Termin an, so ist auch eine wirksame Klagzustellung nicht möglich, und es wird nicht für zulässig zu erachten sein, daß eine sukzessive Zustellung der Klage mit Ladung und der Terminsbestimmung erfolgt, da dann wohl immer der erforderliche Zusammenhang zwischen beiden fehlen wird. Beruht der Terminsmangel auf Unterbrechung, Aussetzung oder Ruhen des Verfahrens, so würde die neue Klagzustellung ohne gleichzeitige Aufnahme des Verfahrens wie jede andere in dieser Zeit vorgenommene Prozeßhandlung unwirksam sein und somit den Mangel nicht beseitigen können.

Daß die nachholende Zustellung je nachdem im Partei- oder im Amtsbetriebe erfolgen müßte, ist für ihre Zulässigkeit ohne Bedeutung, da sie sicherlich die Partei vornehmen kann und im Amtsbetriebe nur die betreibenden Personen, nicht deren Rechte und Verpflichtungen verschiedene sind.

III. Daß der Kläger, wenn es in einem Termine nicht zur Erledigung des Prozesses gekommen ist, die Möglichkeit zu einer nachholenden mängelbeseitigenden Zustellung hat, ist außer Streit. Zweifelhafter ist es, ob er die einstweilige Nichtbeendigung des Rechtsstreites: Vertagung bezw. Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung[2]) verlangen oder das Gericht sie von Amts wegen beschließen kann zu dem Zwecke, daß eine Neuzustellung ermöglicht werde, selbst wenn der Mangel nach der Überzeugung des Gerichtes feststeht.

Dies behauptet Schwalbach[3]) schlechthin, Hellwig[4]) wenigstens für das amtsgerichtliche Verfahren seit der Novelle v. 1. 6. 1909, während das Reichsgericht[5]) es beim Ausbleiben des gesetz-

---

[1]) And. M. die zuletzt zit. Entscheidung.

[2]) Fortan soll im Anschluß an die Sprechweise der Gerichte von Vertagung schlechthin geredet werden.

[3]) ArchZivPrax. Bd. 68 S. 418.

[4]) Lehrb. Bd. 3 S. 1, 7.

[5]) Bd. 13 S. 339.

lichen Vertreters annimmt und Stein[1]) es sogar auf das Versäumnisverfahren vor den Amtsgerichten beschränkt wissen will.

Die Vertagung hat zwei Voraussetzungen:

1. Vertagung ist begrifflich gebunden an das Schweben eines Prozesses. Die Prozeßlage muß derart sein, daß der anzuberaumende nächste Termin eine Fortsetzung des Verfahrens des vorhergehenden Termins darstellen würde.[2]) Selbstverständlich braucht das Gericht und kann es nicht „Vertagung" aussprechen mit Rücksicht auf einen andern, durch neues Klagzustellen erst einzuleitenden Prozeß. Bereits bestehende Rechtshängigkeit ist erforderlich für eine Vertagung. Da Schwalbach für unseren Fall die Rechtshängigkeit leugnet,[3]) müßte er — anders, als er es tut — die Möglichkeit einer Vertagung auch in jedem Fall leugnen.

2. Negativ ist[4]) zu fordern, daß der Vertagung nicht Entscheidungsreife des Rechtsstreites entgegensteht.[5]) Vielmehr ist dann Endurteil wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung gegen den Kläger zu erlassen. Entscheidungsreife aber ist immer dann vorhanden, wenn die Verhandlung soweit gediehen ist, daß das Gericht den Ausgang des Rechtsstreits bestimmen kann.[6]) Steht nun fest, daß der Beklagte prozeßunfähig ist, — sei es, daß es gerichtskundig ist, sei es, daß es von dem erschienenen gesetzlichen Vertreter nachgewiesen wird — und daß die Zustellung an ihn gerichtet worden ist — was die Zustellungsurkunde ergibt — endlich, daß keine Beseitigung des Mangels erfolgt ist, so sind alle Bedingungen erfüllt, unter denen wegen Entscheidungsreife prozeßabweisendes Urteil ergehen kann und muß. Denn § 300 ZPO. fordert nur, daß zur Zeit der Verhandlung der Mangel feststeht. Im übrigen ist es hierfür ganz gleichgültig, ob Änderungen in den Verhältnissen materieller[7]) oder prozessualer Natur zu er-

---

[1]) Erl. III zu § 498.

[2]) RG. a. a. O.

[3]) ArchZivPrax. Bd. 64 S. 417; s. dagegen insbes. die Ausführungen oben in § 3.

[4]) Mit Stein Erl. III zu § 498.

[5]) Auch das wird von Schwalbach a. a. O. nicht beachtet.

[6]) Seuffert Erl. 2 zu § 300.

[7]) RG. Bd. 41 S. 88.

warten sind. Selbst wenn der Eintritt einer Voraussetzung für die Geltendmachung des Anspruchs bevorsteht, darf das Gericht mit der Entscheidung nicht zögern. Es würde einen prozessual unstatthaften Weg einschlagen, wollte es durch eine Vertagung die Möglichkeit zur Herstellung einer ordnungsmäßigen Verfahrensgrundlage und damit zu einem immer wünschenswerten, materiellen Erkenntnis sichern.[1] Jedoch bestehen von diesem Grundsatze zwei Ausnahmen.

a) Die erste Ausnahme begründet § 56 Abs. 2 ZPO., wonach die prozeßunfähige Partei vom Gerichte mit Vorbehalt der Beseitigung des Mangels einstweilen zur Prozeßführung zugelassen werden kann, wenn für sie mit dem Verzuge Gefahr verbunden sein würde. Dieses Gerichtsbefugnis ist aber nicht nur dann gegeben, wenn Zweifel an der Prozeßfähigkeit der Partei bestehen, und beschränkt sich nicht auf die Fälle, in denen ordnungsmäßige Klagerhebung erfolgt ist. Das Gegenteil läßt sich nicht daraus folgern, daß die Klagerhebung durch die Zulassung nicht rückwärts geheilt wird.[2] Aber auch nicht aus § 57 ZPO. Denn diese Vorschrift sagt nicht, daß, wenn mit einer prozeßunfähigen Partei prozessiert werden solle, notwendig ein Vertreter bestellt werden müsse und nach Klagerhebung eine Zulassung des Beklagten in der mündlichen Verhandlung ausgeschlossen sei, sondern sie will nur dem Kläger die Möglichkeit geben, wenn für ihn Gefahr im Verzuge liegt, eine unbedingt gültige Klage zu erheben. Sie richtet sich also nach einer ganz anderen Seite als § 56 und steht neben § 56, ohne auf dessen Auslegung den erwähnten Einfluß ausüben zu können. Wortlaut und Zweck dieser Vorschrift fordern die Zulassung des Beklagten auch bei feststehendem Mangel der Klagzustellung. Zwar werden es seltene Fälle sein, in denen dem Beklagten Gefahr durch Verzug droht und durch seine Zulassung beseitigt werden kann. Immerhin ist es nicht ausgeschlossen, z. B. wenn der Verlust der für den Beklagten wichtigen Beweisstücke ohne deren sofortige Verwertung

---

[1]) Gemeine Meinung vgl. RG. Bd. 13 S. 339.

[2]) And. M. Hellmann, in BuschsZ. Bd. 27 S. 273 von seinem widerlegten Standpunkte aus, daß ja überhaupt keine Klage vorliege.

im Prozesse zu besorgen ist. Macht das Gericht von der Befugnis des § 56 ZPO. Gebrauch, so hat es zugleich eine Frist zur Beseitigung des Mangels zu bestimmen. Diese Frist mag der Kläger benutzen, um an den gesetzlichen Vertreter die nachholende Zustellung zu richten.

b) Eine weitere Durchbrechung des Grundsatzes des § 300 stellt § 335 Nr. 1 u. 2 ZPO. dar, die dem Kläger ein Recht auf Vertagung bei Säumnis des gesetzlichen Vertreters gewährt. Dieses Recht läßt sich zwar nicht in unserem Falle[1]) schon aus § 335 Nr. 2 herleiten, obgleich es wegen Zustellung an den Prozeßunfähigen selbst zugleich an einer ordnungsmäßigen Ladung fehlt. Denn es fehlt nicht nur an der ordnungsmäßigen Zustellung einer Ladung, sondern einer Klage überhaupt. Der hier bestehende Mangel geht folgeweise über den Tatbestand des § 335 Nr. 2 hinaus. Wohl aber kommt hier § 335 Nr. 1 dem Kläger zu Hilfe. Die ordnungsmäßige Klagerhebung gehört zu den Umständen, die das Gericht von Amts wegen zu prüfen hat. Denn nur dann darf das Gericht zur Sache erkennen, wenn die Prozeßvoraussetzungen, also auch die ordnungsmäßige Klagerhebung,[2]) feststehen. Nur scheinbar zurückgedrängt wird der aufgestellte Satz, wenn der Beklagte, hier sein gesetzlicher Vertreter, erscheint. Dann muß er zwar auf den Mangel hinweisen, soll anders das Gericht zu seiner Berücksichtigung verpflichtet sein. Denn ohne diesen Hinweis würde die Prüfung wegen § 295 ZPO. immer zu einem die Ordnungsmäßigkeit bejahenden Ergebnisse führen müssen.[3]) Beibt dagegen der gesetzliche Vertreter aus, so findet § 295 nicht Platz. Das Gericht hat auch ohne Anregung in die Prüfung der Klage einzutreten und in ihren Kreis also die Zustellung zu ziehen. Dies gilt auch, wenn die Parteien bereits in einem früheren Termin verhandelt haben.[4]) Denn daß hier möglicherweise Heilung oder Ergänzung bereits ein-

---

[1]) Wie Ste n Erl. IV, 3 zu § 253 will.

[2]) Oben S. 20 ff.

[3]) Dafür, daß Prüfung von Amts wegen und Notwendigkeit der Anregung zur Prüfung keinen Widerspruch bilden, vgl. Obermeyer in SeuffArch. Bd. 46 S. 370 u. RG. Bd. 34 S. 396.

[4]) And. M. Blanckmeister im Recht 1903 S. 545.

getreten sind, kann nur dazu führen, daß das Gericht sich auch damit zu beschäftigen hat, ob nicht die Klagerhebung wenigstens ordnungsmäßig geworden ist. Die Gültigkeit der Klagezustellung ist also in allen Fällen der Säumnis des Beklagten ein von Amts wegen zu berücksichtigender Umstand. Weitere Voraussetzung bildet aber nach § 335 Nr. 1, daß der Kläger die wegen dieses Umstandes vom Gericht erforderte Nachweisung nicht zu beschaffen vermag. Daß diese Voraussetzung selbst dann gegeben ist, wenn der Kläger diesen Nachweis niemals führen kann, weil der Mangel ein definitiver und dem Gerichte bekannter ist, nehme ich nicht an.[1] Auf solche Fälle ist die genannte Vorschrift schon ihrem Wortlaute nach nicht zugeschnitten. Denn in der Tat wird das Gericht bei derartigen Mängeln gar nicht in der Lage sein, Nachweisungen über ihr Fehlen zu fordern,[2] und vor allem würde auch dem Kläger nicht damit gedient sein; denn der zurückweisende Beschluß würde die Rechtshängigkeit fortbestehen lassen und hierdurch dem Kläger die Verfolgung des Anspruchs auch in einem neuen Verfahren gegen den Willen des Beklagten unmöglich gemacht werden.[3] Ganz anders aber, wenn der Kläger den Mangel beseitigen will und ohne Mitwirkung des Beklagten beseitigen kann, was oben nachgewiesen ist. Hier genügt nicht, daß der Mangel zur Zeit der gerade schwebenden Verhandlung feststeht und auch an ihrem Schlusse feststehen würde. Dies folgt aus § 335 Nr. 2. Danach soll Zurückweisung des Antrags auf Versäumnisurteil und auf Verlangen der Partei Vertagung erfolgen, „wenn die nicht erschienene Partei nicht ordnungsmäßig ... geladen war". Wären nun beide Parteien erschienen und wäre der Ladungsmangel nicht geheilt, so müßte gemäß § 300 auf Klagabweisung erkannt werden, wenn nach der Überzeugung des Gerichts der Mangel feststeht. Hier umgekehrt soll diese Folge nicht eintreten, auch wenn dieselbe Überzeugung besteht. Diese in § 335 Nr. 2 zu deutlichem Ausdruck gelangte Auffassung des Gesetzes der Nr. 1 daselbst zugrunde zu legen, ist aber deswegen

[1]) And. als Eccius in GruchotsBeitr. Bd. 24 S. 602.

[2]) Stein Erl. II zu § 335.

[3]) Die Fortdauer der Rechtshängigkeit würde zwecklos sein: Seuffert Erl. IV zu § 335.

unbedenklich, weil schon der Wortlaut der Nr. 1 auch den Fall der Nr. 2 ungezwungen mitumfaßt. § 335 Nr. 2 ist zum Teil nur ein besonders hervorgehobener Unterfall der Nr. 1 daselbst. Aus dem allen folgt, daß sich § 335 Nr. 1 auch auf die hier in Rede stehende Rechtslage bezieht, wo der Mangel auch zwar feststehen soll, aber heilbar ist.

Ein solches Verfahren, bloße Vertagung statt Abweisung bei heilbaren Verfahrensmängeln, vermag, wie ohne weiteres erhellt, erhebliche Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründe für sich anzuführen.[1]) Jedoch ist es einer Ausdehnung von Fällen, in denen der gesetzliche Vertreter ausgeblieben ist, auf solche, in denen er erscheint, nicht fähig. Denn § 300 enthält den allgemeinen Grundsatz, daß bei Entscheidungsreife Urteil zu erlassen ist. Von ihm macht § 335 nur Ausnahmen für den Versäumnisfall, folglich kann nicht wieder von dieser Vorschrift auf jene die Analogie gezogen werden. Eine ausdehnende Anwendung des § 335 Nr. 1 auf den Fall des Erscheinens des gesetzlichen Vertreters ist also nicht statthaft. Vertagung der Verhandlung kann daher nur bei seinem Ausbleiben erfolgen, nicht wenn er erschienen ist.

Diese unterscheidende Behandlung sieht das Reichsgericht[2]) darin begründet, daß im Falle der Säumnis des gesetzlichen Vertreters lediglich die Verpflichtung des Gerichtes in Frage stehe, unter den gesetzlichen Voraussetzungen dem Vertagungsantrage des Klägers zu entsprechen, wogegen im anderen Falle bei Anerkennung eines Rechts des Klägers auf Vertagung das Recht des Beklagten auf Abweisung für den Fall, daß Kläger die Vertagung beantragt, ausgeschlossen sein würde. Diese Unterscheidung jedoch leidet wenigstens an mangelnder Durchsichtigkeit, denn es ist nicht einzusehen, warum nicht auch im Falle des Ausbleibens des Beklagten eine Verpflichtung des Gerichts ihm gegenüber und ein Recht seinerseits auf Klagabweisung bestehen sollte,

---

[1]) Daß nur definitive Mängel bei Ausbleiben des gesetzlichen Vertreters die Prozeßabweisung rechtfertigen, ist ein in der Literatur mit Ausnahme von Hellmann in BuschsZ. Bd. 27 S. 279, dessen Gründe jedoch bereits widerlegt sind, anerkannter Satz; s. Seuffert Erl. 4 zu § 335; ebenso in der Rechtsprechung. Bemerkenswert ist ein Urteil des OLG. Dresden im SächsArch. Bd. 14 S. 590 ff.

[2]) Bd. 13 S. 339.

wenn ihm ein solches Recht nicht das Gesetz ausdrücklich versagt, wofür das Reichsgericht jedoch nichts anführt. Will man den Gegensatz auf eine bestimmte Formel bringen, so wird diese bei dem Begriff der Entscheidungsreife anzusetzen haben und etwa dahin lauten können: Im Falle des Erscheinens des Beklagten, hier seines gesetzlichen Vertreters, ist Entscheidungsreife bei Klagzustellungsmängeln schon gegeben, wenn der Mangel am Schlusse der mündlichen Verhandlung feststeht, während sie im Versäumnisfalle zur weiteren Voraussetzung hat, daß der Mangel auch noch weiter fortbestehen wird und nicht durch eigene Tätigkeit des Klägers beseitigt werden kann.

3. Übrigens dürfte, was diese Voraussetzungen der Vertagung betrifft, der Amtsgerichtsprozeß keine Besonderheiten bieten. Denn der Einreichung der Klage kommt nicht[1]) die Bedeutung zu, daß etwa bei der Zustellung vorkommende Fehler unbeachtlich oder doch wenigstens, wie die Nichteinhaltung der Einlassungsfrist, für den Bestand und Auslauf des Prozesses ohne Bedeutung sind, vielmehr „gilt" auch im amtsgerichtlichen Verfahren die Klage erst mit der Zustellung als erhoben (§ 498 ZPO.). Die fiktive Form dieser Bestimmung und ebenso die teilweise Rückdatierung[2]) der Zustellung auf den Zeitpunkt der Einreichung (§ 496 Abs. 3) werden allerdings zu der Annahme führen, daß die Klagerhebung wesentlich Akt gegenüber dem Gerichte ist, und die aufgestellte Meinung bestärken, daß Zustellungsfehler nicht die Nichtexistenz der Klage bewirken, und jedenfalls können dann Zustellungsfehler keinen Verlust des materiellen Rechtes wegen Zeitablaufs nach sich ziehen. Rechtshängigkeit, eine Voraussetzung der Vertagung, aber besteht auch im landgerichtlichen Verfahren, wo diese Vorschriften nicht gelten.

4. Damit nun das Vertagungsrecht des Klägers, wie es ihm § 335 Nr. 1 gewährt, praktisch wird, muß er Vertagung ausdrücklich beantragen, während eine Vertagung von Amts wegen nicht ausgesprochen werden kann (arg. e contrario aus § 337 ZPO.). Sonst ergeht nur der — den Prozeß nicht beendigende — Be-

[1]) Wie gegen Hellwig, Lehrb. Bd. 3 S. 1, 7 zu bemerken ist.

[2]) Auf die Stein Erl. III zu § 498 Wert legt.

schluß auf Zurückweisung des Antrags auf Versäumnisurteil. Dann müßte der Kläger, um neu zustellen zu können, von dem Gerichte eine besondere Terminfestsetzung erwirken. Im amtsgerichtlichen Verfahren geschieht die Terminbestimmung von Amts wegen und ist der Kläger auf sein Recht, Vertagung zu beantragen, hinzuweisen (§§ 497, 502 ZPO.). Dies dürften aber auch die einzigen Besonderheiten des Amtsgerichtsprozesses sein.

V. Wirkung der Ergänzung. Ergänzung und Heilung.

1. Die Wirkung der geschehenen Ergänzung ist eine beschränktere als die der Heilung. Dies ergibt sich für den Fall der in mündlicher Verhandlung erfolgenden Ergänzung aus § 281 ZPO., der Rechtshängigkeit erst mit der „Geltendmachung des Anspruchs in der mündlichen Verhandlung" eintreten läßt, und letzteres läßt weiter auf die anderen Fälle der Ergänzung, außerhalb der mündlichen Verhandlung, deshalb schließen, weil das Wesen der Ergänzung nur ein einheitliches sein kann. Sie ist in allen Fällen Nachholung eines fehlenden Stückes des Klagerhebungsaktes. Danach tritt die Wirkung der Mängelbeseitigung erst mit dem Zeitpunkte ein, an welchem die zur Ergänzung geeignete Handlung vorgenommen wird. Dann aber zugleich für die prozessualen und materiellen Rechtshängigkeitswirkungen. Anders als im Falle der Heilung aber vermag hier der Wille des Beklagten keinen beschränkenden Einfluß zu üben. Denn da die Ergänzung ohne und gegen seinen Willen erfolgen kann, können diesem auch für deren Tragweite keine Folgen zugeschrieben werden. Das ist die durchaus herrschende Meinung.[1]) Abweichender Ansicht ist Planck,[2]) doch ohne Angabe von Gründen. Das Reichsgericht[3]) erklärt es für möglich, daß Rückwirkung eintrete, da bei mangelhafter Zustellung doch immerhin eine Klagerhebung erfolgt sei, die bis zur Führung des Gegenbeweises als legal zu gelten habe. Dies greift nicht durch, da die Frage nach der Rückwirkung zu

---

[1]) Literatur s. bei Stein N. 65 zu § 253; dazu Planck, Lehrb. Bd. 2 S. 125; RG. im Recht 1909 Nr. 103.

[2]) a. a. O.

[3]) a. a. O.

einer Zeit entschieden werden muß, wo bereits feststeht, ob eine gültige oder ungültige Klage erhoben, und ob letztere ergänzt worden ist, also das Gericht sich nicht auf den Stadtpunkt stellen darf, als sei dieser Punkt noch in der Schwebe. Aus dem Schwebezustande darf also kein Schluß gezogen werden.

2. Die Äußerung des Reichsgerichts enthält aber einen erheblichen Einwand nach einer ganz anderen Richtung, nämlich dahin, ob überhaupt bei einer mangelhaften Klagzustellung eine Ergänzung möglich ist. Denn da wir oben angenommen haben, daß eine Zustellung im Sinne des Gesetzes dann immerhin vorliege, so erscheint es kaum angängig, zugleich von einer Ergänzung als der Nachholung eines fehlenden Tatbestandsstückes zu sprechen; folgeweise müßten denn auch alle Möglichkeiten zur Beseitigung des Mangels, die auf dem Gebiete der Ergänzung liegen, ausscheiden. Diese Annahme scheint sich bei Skonietzki-Gelpcke zu finden, die Heilung zulassen, wenn der Klagerhebungsmangel in einem Zustellungsfehler bestand, Ergänzung, wenn überhaupt keine Zustellung der Klage stattgefunden hatte.[1]) In der Tat wird man die mangelhafte von der nicht erfolgten Klagzustellung trennen müssen,[2]) doch unterscheiden sie sich nicht dahin, daß bei jener Heilung, bei dieser Ergänzung erfolgen könne, sondern so, daß bei der ersteren Heilung und Ergänzung, bei der letzteren nur Ergänzung möglich ist. Die gegenteilige Ansicht würde den Kläger, der die Klagerhebung bis zu einer Zustellung hat gedeihen lassen, ungerechtfertigt gegenüber dem benachteiligen, der gar keine Zustellung bewirkt hat. Denn während ein solcher, wenn ihm Ergänzung offensteht, den Mangel ohne Mitwirkung des Beklagten zur Beseitigung würde bringen können, wie die bisherigen Ausführungen lehren, würde der andere ganz von dem Belieben des Beklagten abhängen, auf dessen Verhalten bei der Heilung alles ankommt.[3]) Das kann nicht der Zweck und Inhalt des Gesetzes sein. Der Kläger muß daher auch in dem Falle mangelhafter Zustellung die Möglichkeit haben, die und alle die Wege

---

[1]) Erl. 4 B b vor § 253; sie versagen ihm übrigens nur den Weg des § 281, nicht den der nachholenden Zustellung; s. Erl. 4 B a vor § 253.

[2]) s. oben S. 12 f.

[3]) s. oben § 4.

einzuschlagen, die demjenigen, der nicht hat zustellen lassen, offenstehen, unter Berücksichtigung des Umstandes, daß es hier sogar zu einem Zustellungsversuche gekommen ist. Freilich sind dann auch die Wirkungen die beschränkteren der Ergänzung.

Auch nach einer anderen Seite bietet das Verhältnis der Heilung zur Ergänzung Schwierigkeiten. Heilung und Ergänzung trennen sich rechtlich genau, jedoch unterscheidet sich der Verzicht auf die Rüge (§ 295) von der Einwilligung zur Ergänzung (§ 269) häufig tatsächlich ebensowenig voneinander wie die Präklusion mit der Geltendmachung der Rüge (§ 295) von der fingierten Einwilligung zur Ergänzung (§ 269), da die Auslegung des Verhaltens der Parteien auf eine bestimmte Art der Mängelbeseitigung hin in zahlreichen Fällen im Stich lassen wird. In den Fällen der ausdrücklichen Willenserklärung wird die Ausübung des richterlichen Fragerechts immerhin zu einem Resultate führen. In den anderen Fällen aber ist zu beachten, daß die fingierte Einwilligung schon bei sofortiger Unterlassung der Rüge nach dem Vortrag der Klage durch den Kläger anzunehmen ist, die Präklusion gemäß § 295 aber erst am Schlusse der maßgebenden mündlichen Verhandlung, also erst später stattfindet. Sind aber die Voraussetzungen der stärkeren Wirkung gegeben, so steht nichts im Wege, sich für diese auch selbst auszusprechen, mag auch die schwächere Wirkung bereits eingetreten sein. Die Klagergänzung ist dann eben mit der Rechtsbedingung behaftet, daß nicht später die Klagheilung eintritt, der gesetzliche Vertreter des Prozeßunfähigen also völlig auf die Beachtung des Mangels verzichtet oder als verzichtend angesehen wird.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Ich bin am 26. Juli 1888 als Sohn des Oberpostpraktikanten, jetzigen Postdirektors Wilhelm Krauß in Berlin geboren. In Berlin verlebte ich auch meine Kinder- und Schulzeit. Ich besuchte dort das Luisenstädtische Gymnasium, das ich zu Ostern 1907 als Primus omnium mit dem Reifezeugnis verließ. Dem gern ergriffenen juristischen Studium lag ich an den Universitäten Marburg und Berlin ob. Im Dezember 1910 bestand ich in Berlin die erste juristische Prüfung mit dem Prädikat „Gut". Zurzeit bin ich im Vorbereitungsdienste am Amtsgericht Berlin-Schöneberg in der zweiten Amtsgerichtsstation beschäftigt.